البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل
في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه
المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية
لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق
الأستاذ محمد العرايشي

الجزء الخامس

دار الغرب الإسلامي

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل
في مسائل المستخرجة

(٥)

بسم الله الرحمن الرحيم

البيان والتحصيل

والشرح والتوجيه والتعليل في مسائل المستخرجة

لأبي الوليد ابن رشد القرطبي
المتوفى عام ٥٢٠ هـ

وضمنه

المستخرجة من الأسمعة المعروفة بالعتبية

لمحمد العتبي القرطبي
المتوفى عام ٢٥٥ هـ

تحقيق

الأستاذ محمد العرايشي

الجزء الخامس

دار الغرب الإسلامي

الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م
الطبعة الثانية ١٤٠٨هـ - ١٩٨٨م

دار الغرب الإسلامي
ص. ب: 5787 - 113
بيروت - لبنان

كتاب النكاح الرابع

بسم الله الرحمن الرحيم

وصلى الله على سيدنا ومولانا محمد وآله وصحبه وسلم

من سماع يحيى بن يحيى عن عبد الرحمان بن القاسم من كتاب الكبش قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل خطب امرأة فزوجه وليها برضاها فلما حضر الخاطب لكاتب الصداق عليه اشترط أولياؤها شروطاً بها كانت رضيت أن تزوجه من ذلك إنه إن تزوج عليها فالداخلة عليها بنكاح طالق وإن تسرّر فهي حرّة، فلما قرىء الكتاب على الخاطب قال: قد رضيت بالصداق والشروط، غير أني لا ألزمها نفسي إلا بعد ابتنائي بها، فلم ينكر عليه الأولياء، وكتب القوم شهادتهم على ما في الكتاب، وقد سمعوا ثنياه فأقام الخاطب بعد ذلك ثلاث سنين أو نحوها ثمّ اتخذ سرته[1] فلما بلغ ذلك المرأة

---

(١) كذا بالأصل، وفي مخطوطة: ق ١ سُرِيَّة. وهو الصواب. ففي مختار الصحاح: [السُّرِيَّة الأمة التي بوأتها بيتاً. وهي فُعْلِيَّة، منسوبة إلى السِّر، وهو الإخفاء، لأن الإنسان كثيراً ما يُسرها ويَسُرها عن حُرته. والجمع السَّراري. وقال الأخفش: هي مشتقة من السرور لأنه يُسر بها].

يقول محققه: أفادني شيخي بجامعة القرويين العلاّمة المحقق مولاي عبد الله الفضيلي المتوفى في [١٤ شوال ١٣٦٣/١٩٤٤] في إحدى حلقات دروس ألفية ابن مالك بشرح المكودي بقوله:

يقال في تصحيح ضبط أوائل الكلمات الآتية:

لا تكسر القصعة، ولا تفتح القِربة، ولا تفتح خِزانة الناس، وضُم صدر السُّرِيَّة. =

قامت عليه بشروطها، فقيل لها: إن زوجك قد اشترط لنفسه عند عقدة نكاحك كذا وكذا، فقالت: والله ما علمت بهذا، ولو علمت ما رضيت، فأما إذا كان هذا، فلا أرضى به اليوم ولا أقبله، ولا نكاح بيني وبينه، وقال الزوج: والله ما كنت أرى إلا أن إخوتك أعلموك بالذي كان من استثنائي، فإذا زعمت أنك لم تعلمي ولم ترض[٢] بما صنعوا فأنا ألزم نفسي شروطك من اليوم، وقالت الجارية: أمّا إذا لم تقبلها يومئذ، وإنما تلزمها نفسك من الآن، فلا أرضى بتزويجك، قال: القول قولها إذا تباعد الأمر وطال، ولا ينفعه أن يلزم نفسه بعد طول زمان ما قد كان كره أن يتزوج عليه يوم رضيت به، وذلك أنهما لم يكونا يتوارثان لو مات أحدهما لأن النكاح لم يتم إذ[٣] لم يرض بجميع ما أنكحته عليه نفسها، قال: قلت: فإن رضيت أن تسقط عنه الشروط حتى تبنى كما كان استثناها هل يثبتان على نكاحهما الأول؟ قال: لا أرى ذلك لهما بعد طول زمان، وإنما يجوز هذا ومثله إذا أخبرت بحدثان الكتاب وحين أسقط ذلك الزوّج عن نفسه، فيجوز لها الرضى، ويتم النكاح بذلك العقد، فأما إذا تباعد ذلك وطال زمانه، حتّى لو مات أحدهما لم يتوارثا، فالنكاح مفسوخ، لا يجوز لهما أن يقيما عليه، أجابته لما استثنا أو أجابها إلى جميع ما اشترطت، قال: وما اتخذ من سريّة، أو تزوج من امرأة فيما بينه وبين أن يصحح هذا النكاح بينه وبينها، فلا يلزمه في ذلك شيء مما كانت شرطت عليه. قال أصبغ: وذلك إذا قرّ لها

= ويزيد قائلاً: وضَم صدرها (السُّرِّية)، إذاكانت حلالاً. ويعد هذا من مستملحات دروسه العامرة. إذ لا يخفى ما في ذلك من تورية.

(٢) كذا.

(٣) في ق ١ إذا.

بأصلْ الشرط أو(٤) كانت به بينة أنهما تعاملا عليه وعليه أجابت.

قال محمد بن رشد(٥): أما إذا لم ترض بنكاحه إذا بلغها أنه لم يلتزم الشروط إلا من بعد الابتناء، فلا يلزمها النكاح إذا لم ترض به، وإن التزم لها الشروط من حينئذ، وكان ذلك قريباً من العقد، إلا أن يكون ذلك في المجلس قبل الافتراق(٦) منه، وقبل انقضاء المراوضة بينهما فيه، لأن ذلك بمنزلة الرجل يقول للرجل: قد بعتك سلعتي بكذا وكذا، وقد زوجتك وليتي بكذا وكذا، فتقول: لا أرضى إلا بكذا وكذا فيقول له: لا أبيعك أو لا أزوجك، إلا بما قلت لك، فلا يقول قد أخذتها بذلك، حتّى يفترقا من المجلس. فقوله في هذا الموضع: القول قولها إذا تباعد الأمر وطال، ولا ينفعه أن يلزم نفسه بعد طول زمان ما قد كان كره أن يتزوج عليه يوم رضيت به، لا يقام منه دليل على أن القول قوله إذا قرب الأمر ولم يطل، ويلزمها النكاح، إذ لا يصح أن يقال ذلك على ما بيناه. وأما إذا رضيت بالنكاح على أن تسقط عنه الشروط حتّى يبتني بها على ما استثنى فقوله ها هنا: لا أرى ذلك لهما بعد طول زمان، وإنما يجوز هذا ومثله إذا أخبرت به بحدثان الكتاب، إلى آخر قوله هو على المشهور من قوله في الذي يزوج وليته قبل أن يستأمرها، فترضى إذا بلغها أن ذلك يجوز في القريب، ولا يجوز في البعيد، وقد قيل إن ذلك يجوز في القريب والبعيد، وقد قيل إن ذلك لا يجوز في القريب ولا في البعيد، حسبما بيناه في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، فالاختلاف في تلك المسألة داخل في هذه، إذ لا فرق بين أن يزوجها بغير إذنها، أو يزوجها بغير ما أذنت لـه أن يزوجها عليه من الشروط فيما يجب لها من الخيار، وقد وقع في سماع سحنون، ومحمد بن خالد، في مثل هذه المسألة ما ظاهره أن النكاح يجوز إذا رضيت به. وإن بعد الأمر، وهو مما يدل على ما ذكرناه من دخول الاختلاف

---

(٤) في ق ١ وكانت

(٥) كذا بالأصل. وفي ق ١ قال القاضي رحمه الله: أما إذا الخ

(٦) في ق ١ الفراق.

المذكور فيها. وأظهر الأقوال في هذه المسألة ألا يجوز، وإن أجازته ورضيت به في القريب[٧] ولا في البعيد لوقوع النكاح على خلاف ما رضيت به المرأة من الشروط بعلم الزوج والولي، فكان النكاح قد انعقد بينهما على أن المرأة بالخيار، وذلك يقتضي فساد العقد في الصحيح من الأقوال، وقد بينا هذا المعنى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم وفي رسم شهد على شهادة ميت من سماع عيسى وقول أصبغ في آخر المسألة،وذلك إذا أقر لها بأصل الشرط إلى آخر قوله، صحيح، لأنه إذا لم يقر بذلك الزوّج لها ولا قامت به بينة، فالنكاح لازم على ما وقع، ولا تصدق فيما ادعت مما يوجب لها الخيار في النكاح، لأنها في ذلك والولي مدعيان على الزوّج[٨].

مسألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يزوج عبده أمته، على أن كل ولد يولد له منها أحرار، قال: النكاح مفسوخ، وإن كانا في ملكه، لأنه وقع بشرط لا يحل، بمنزلة الأجنبيين، قيل له: فإن لم ينظر في فسخ ذلك حتّى ولد له، قال: هم أحرار، فقيل له: فما ولدت بعد موته، قال: ما ولدت قبل اقتسام الورثة إن كان سيدها مات وهي حامل فهو حر.

قلت: أمن رأس المال أم من الثلث؟ قال: بل من رأس المال، قال: وما حملت به بعد موت السيد فهم عبيد، وما ولدت بعد القسم وإن كانت به حاملاً قبل موت السيد فهو عبد للذي صارت له الأمة[٩].

---

(٧) في ق ١ لا في القريب.

(٨) في ق ١ وبالله التوفيق.

(٩) كذا بالأصل. وفي ق ١ فهو عبد للذي صار له.

قلت: أكان يمنع سيدها من بيعها؟ قال: لا، قلت: رَهَقَهُ دين أم لم يُرهقه، قال: ذلك سواء، يبيعها متى ما شاء في الدين وغير الدين.

قلت: فالورثة ألهم بيعها إذا مات وهي حامل؟ قال: نعم، احتاجوا إلى ذلك أو استغنوا عنه، ألا ترى أن لهم أن يدخلوها في قسمهم، فتبطل بذلك عتاقة ما في بطنها، والبيع كذلك يجوز لهم، احتاجوا إلى ذلك أو استغنوا عنه. **قلت**: أرأيت لو لم يكن ذلك على السيد في شرط، ولكنه قال لبعض إمائه: كل ولد تلدينه فهو حر، أهي مثل الذي يزوجها[١٠] على هذا الشرط؟ فقال: الشرط في هذا والابتداء سواء، إلا أن النكاح يفسخ إذا وقع بهذا الشرط. **قلت**: والذي ذكرت من تجويز بيعها للسيد أتريد[١١] بذلك إذا لم تكن حاملاً حين بيعها أم ذلك له في الحمل وغيره؟ فقال: إنما ذلك إذا لم تكن حاملاً. قال أصبغ: لا أرى أن يقسم حتّى تضع إلا أن يرهق دين أو يخاف تلف المال[١٢].

قال محمد بن رشد[١٣]: قد مضت هذه المسألة والقول فيها موعباً في رسم الجواب من سماع عيسى، وذلك يغني عن إعادته ها هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال يحيى[١٤]: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتحمل عن

---

(١٠) في ق ١ تزوجها.
(١١) في ق ١ تريد.
(١٢) في ق ١ زيادة: وعطب الميراث.
(١٣) في ق ١ قال القاضي رحمه الله.
(١٤) حذفت جملة قال يحيى في ق ١ وابتدئت المسألة بعبارة: وسألنا ابن القاسم بدل وسألت المذكورة في الأصل بعد جملة قال يحيى.

ابنه بصداق امرأته فتلزمه المرأة وتريد قبضه منه، ويدعو ابنه إلى الابتناء: ألها أن تأخذه بالحمالة وتدع زوجها لا تطلبه بشيء؟ فقال: لو كان ضمن لها ذلك عنه لها في ماله، كان غرم ذلك لازماً له إذا دعت إلى أن يبني بها زوجها، ولم يكن للزوج عذر في ترك الابتناء من صغر به ولا بها، فأما إذ لم يجب حقها عليه إلا على وجه الحمالة، فلا سبيل لها إليه حتّى لا يوجد للزوج مال، فإن كان معدماً لزم الأب غرم ما تحمل عنه لها، ويطلب الأب ابنه بما غرم عنه. قال: وإن طلقها قبل البناء بها غرم الأب نصف الصداق عن ابنه إن كان معدماً، واتبعه به ديناً عليه، وإن كان مليّاً أخذت نصف الصداق من مال زوجها. قيل له: فإن كان الأب حمل الصداق عن ابنه في ماله فطلقها قبل البناء بها قال له: طلقها قبل البناء بها، وقد كان الأب حمل الصداق في ماله، فنصف الصداق للمرأة غرم على الأب، وليس للابن على أبيه من النصف الثاني شيء.

قلت: أرأيت إن طلقها قبل البناء بها وقد مات أبوه، قال: يكون للمرأة نصف الصداق من رأس مال أبيه، ويكون النصف الثاني للورثة ليس للابن منه شيء دونهم.

قلت: ولم جاز للأب أن يحبس على الابن النصف الثاني، وصار أيضاً ذلك النصف للورثة حين طلقها بعد موت أبيه، وقد كان لو ابتنا بها يلزم الأب والورثة بعد الأب أن يدفعوا إلى المرأة جميع الصداق. قال أصبغ: لأنه جعل له عطية تتم أو لا تتم، فإن تمت في الدخول لزمت، وإلا فما لزم منها، وما لم يتم فلا يلزمه، لأنه ساقط عن الابن، فلما سقط عن الابن سقط عن المتحمّل به، بمنزلة من احتمل عن رجل بثمن سلعة بعينها اشتراها فاشتراها(١٥)

(١٥) حذفت هذه الجملة من ق. ١

ولم يتم له الاشتراء بعيب فيها أو استحقاق بالثمن، رد إلى الحميل ليس للمعطا منه شيء، وهو قول مالك(١٦) في الطلاق.

قال محمد بن رشد(١٧): هذه مسألة صحيحة لا اختلاف فيها، إلا في موضعين: أحدهما ضمان الرجل عن الزوج الصداق في عقد النكاح، ابنه كان أو أجنبياً، هل هو محمول على الحمل حتّى ينصّ أنه أراد الحمالة؟ أو الحمالة(١٨) حتى ينص أنه أراد الحمل، والحمل هو أن يؤدي عنه ما حمل عنه من المال ولا يرجع به عليه، والحمالة هي أن يؤدي عنه ما يتحمل به عنه ويرجع به عليه، هذا معلوم عند الفقهاء بعرف التخاطب، وإن كان في اللغة سواء في المعنى، لأنهما جميعاً مصدران، من حمل يحمل حملاً وحمالة فمذهبه في **المدونة** أنه محمول على الحمل حتّى يتبين أنه أراد الحمالة. وهو قول ابن حبيب في النكاح من **الواضحة** وقول ابن القاسم في سماع سحنون، بعد هذا، وروى عيسى عنه في غير **العتبية** أنه على الحمالة حتّى يتبين أنه أراد الحمل، وليس في هذه الرواية في ذلك شيء يعتمد عليه، لأن قوله لو كان ضمن لها ذلك(١٩) في ماله، كان غرم ذلك، لأن ماله يريد على وجه الحمل، يدل على أنه لو كان ضمن(٢٠) لها ولم يقل في ماله، لم يجب عليه غرم ذلك إلا على وجه الحمالة، وقوله: فأما إذا لم يجب حقها عليه إلا على وجه الحمالة، إلى آخر قوله، يدل على أنه إذا وجب حقها عليه على وجه الضمان، كان غرم ذلك واجباً عليه على سبيل الحمل، وهذا تعارض في الظاهر، ولو ضمن لها عنه الصداق بعد عقد النكاح، أو الثمن في عقد البيع، أو بعد عقده، لكان

---

(١٦) في ق ١ زيادة رحمه الله.

(١٧) في مخطوطة ق ١ ابتداءً من أول هذا الجزء (٥) إلى طلاق السنة يُذكر بدل قال محمد ابن رشد: قال القاضي، ومن أول كتاب طلاق السنة إلى آخر الجزء، يُذكر بدل قال القاضي: قال ابن رشد.

(١٨) في ق ١ أو على.

(١٩) في ق ١ ضمن لها في ماله.

(٢٠) في ق ١ ضمن ذلك.

ذلك محمولاً على الحمالة حتّى ينص أنه أراد الحمل، قولاً واحداً. والموضع الثاني هل المتحمل عنه محمول على الملاء فلا يكون للمتحمل له رجوع على الحميل حتّى يثبت أن المتحمل عنه عديم؟ أم محمول على العدم، فيكون للمتحمل له أن يرجع على الحميل حتّى يثبت الحميل أن المتحمل عنه ملي؟ فظاهر قوله في هذه الرواية، فلا سبيل لها إليه حتى لا يوجد للزوج مال، يدل على أن المتحمل عنه على الملأ خلاف ما لسحنون في نوازله من كتاب الكفالة إنه محمول على العدم، والحميل(٢١) غارم، إلا أن يكشف أن للمتحمل عنه مالاً. وقوله في الذي حمل الصداق عن ابنه(٢٢): إن للزوجة أن تأخذ جميع صداقها من رأس ماله إن لم يطلق الابن في ماله فطلقها قبل البناء، إن النصف الذي يسقط عن الابن بالطلاق يسقط عن الأب، ولا يكون للابن صحيح.ووجهه، أن الأب لم يعط الصداق للابن، وإنما التزم أداءه عنه، فوجب إسقاطه عنه مالم يجب أداؤه عليه منه لسقوطه عنه بالطلاق، وهذا بين على القول بأن الصداق يجب نصفه بالعقد، والنصف الثاني بالدخول، وأما على القول بأن الصداق يجب جميعه للزوجة بالعقد، ويستحق الزوج عليها نصفه بالطلاق، فيتخرج على قول ابن الماجشون أن يكون للابن النصف الذي يجب له بالطلاق.وقد مضى بيان هذا في رسم طلق من سماع ابن القاسم. وقوله إذا مات الأب الذي حمل الصداق عن ابنه: إن للزوجة أن تأخذ جميع صداقها من رأس ماله إن لم يطلق الابن، أو نصفه إن طلق صحيح، لأنها عطية انعقد عليها النكاح فلم يفتقر إلى حيازة، وكذلك لو حمل عن رجل في عقد البيع سلعة اشتراها، وإنما يختلف إذا حمل عن ابنه أو عن أجنبي الصداق بعد عقد النكاح، أو ثمن السلعة بعد عقد البيع، هل يفتقر ذلك إلى حيازة، أم لا على قولين؟ والله الموفق(٢٣) للصواب.

---

(٢١) في ق ١ والكفيل.

(٢٢) في ق ١ عن ابنه في ماله.

(٢٣) في ق ١ وبالله تعالى التوفيق.

مسألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتزوج المرأة فينحل وليها نحلة لعلها أن تكون أكثر من الصداق، فتكره المرأة أن تتبع وليها بشيء من ذلك، ويريد الزوج الرجوع على الولي بالذي نحله أذلك له أم لا؟ فقال: إنما الحق فيه للمرأة إذا اشترطه الولي، فإن أحبت أخذه كان ذلك لها، وإن تركته فالأمر إليها، ولا حق فيه للزوج، وليس له أن يرجع فيه على الولي ولا على المرأة، لأنه يعد من صداقها. ألا ترا أنه لو طلقها قبل أن يمسكها كان نصف الحِبَا للذي نحل الولي للرجل، ونصفه للمرأة، قيل له: فما كان من نحلة نحلها الزوج ولي المرأة أو بعض أختانه على غير شرط، أيكون للمرأة فيه حق إن اتبعته؟ أو يكون للزوج أن يرجع على الختن الذي أنحله[٢٤]؟ قال: إذا لم يكن على ذلك أنكحه، ولا عدة عاملة عليها حتّى تكون كالشرط، وإنما هو من الزوج كالشكر للأولياء، أو لبعض الأختان وصلة لهم، أو على وجه الصلة لهم قبل النكاح، ليستجر[٢٥] مودتهم فلا حق فيه للمرأة قبل وليها ولا يجوز للزوج الرجوع فيه ولا الاتباع لهم به لمن أعطته.

قال **محمد بن رشد**: الحبا[٢٦] لولي المرأة ينقسم على ثلاثة أقسام:

---

(٢٤) في ق ١ نَحَلَه وكلاهما صحيح. لأن نحل يستعمل متعدياً بنفسه وبالهمز وبالتضعيف. ففي القاموس: نَحَلَه: أعطاه. وأنحله ماءً أعطاه، ومالاً خصه بشيء منه كنحَّله فيهما.

(٢٥) في القاموس: الجر: الجذب كالاجترار والاجدرار والاستجرار.

(٢٦) ورد في الأصل وفي ق ١ هكذا مقصوراً، ولعل ذلك سبق قلم من الناسخ، إذ الحِبا المقصور هو الاحتباء باليد ونحوها. أما الحباء الممدود المقصود هنا فمعناه العطاء. ففي القاموس: حبا فلاناً أعطاه بلا جزاءٍ ولا مَنٍّ، والإسم الحِباء. ككتاب ومثله في لسان العرب، وزاد قائلاً: وجعل المُهلهِل مهر المرأة حِباءً فقال: =

أحدها أن يكون ذلك عند الخطبة قبل العقد. **والثاني** أن يكون ذلك عند العقد بشرط. **والثالث** أن يكون ذلك بعد العقد على غير شرط. فأما ما كان من ذلك عند الخطبة قبل العقد، فإن تم العقد كانت المرأة أحق، وإن لم يتم العقد كان للزوج الرجوع به على الولي، لأن الذي أعطي بسببه لم يتم له، وأما ما كان من ذلك عند العقد بشرط، فحكمه حكم الصداق يكون للمرأة قبل وليها إن اتبعته، وليس للزوج أن يرجع به على الولي وإن طلق كان له النصف. **قال ابن حبيب في الواضحة**: وكون المرأة أجازت ذلك لوليها ثمّ طلقها الزوج قبل البناء رجع الزوج بنصف ذلك الحبا على وليها من كان أبا أو غيره، كانت المرأة ممَّن يولى عليها أو جائزة الأمر، إذا كانت ممن لا يولى عليها، وللمرأة أن ترجع بنصف الحبا الثاني على وليها إذا كانت ممن يولى عليها، وإنما رأى للزوج أن يرجع على الولي بنصف الحبا، بعد أن أجازته له المرأة، وإن كان ليس له أن يرجع على الموهوب له الصداق بنصفه، لأنه إذا قبضه أنزله بمنزلة الذي يتزوج المرأة على أن يهب عبده لفلان. وأما ما كان من ذلك بعد العقد على غير شرط فهو للولي الذي حبى به لا رجوع للزوج فيه عليه ولا حق للمرأة فيه. والأصل في هذا كله ما روي أن الرسول عليه السلام قال: «**أَيُّمَا ٱمْرَأَةٍ نَكَحَتْ عَلَى صَدَاقٍ أَوْ حِبَا أَوْ عِدَةٍ**(٢٧) **قَبْلَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُو لَهَا وَمَا كَانَ بَعْدَ عِصْمَةِ النِّكَاحِ فَهُوَ لِمَنْ أُعْطِيَه، وأَحَقُّ مَا أُكْرِمَ**

= أنكحَها فَقْدُها الأرَاقِمَ في جَنْبٍ وكانَ الحِباءُ من أدَمِ

ويؤيد هذا، الحديث الذي ساقه المؤلف بعد هذا، فلفظة الحباء وإن ذكرت في الأصل وفي ق ١ مقصورة، لكنها ذكرت في الجامع الصغير ممدودة. قال شارحه العزيزي في شكل كلمة حباء وشرحها [بكسر الحاء المهملة وتخفيف الباء الموحدة مع المد، أصله العطية، وهو المسمّى عند العرب بالحلوان].

(٢٧) العدة: بكسر العين وفتح الدال مخففاً ما وعدت به. يقال في الخير: الوعد والعدة، وفي الشر الإيعاد والوعيد. ومنه قول الشاعر:

وإني إذا وَاعدته أو وعدته لَمُخْلِفُ إيعادي ومُنْجِزُ مَوْعدي

قاله العزيزي في هذا وغيره.

عَلَيْهِ الرَّجُلُ أُخْتُهُ أو ابْنَتُهُ»(٢٨). انتهى الحديث(٢٩) فجعل ﷺ ما كان من حبا أو عدة قبل عصمة النكاح للمرأة التي هي سبب العطية، لأنه إذ لم يثبت له بعد(٣٠) سبب يستوجب به الكرامة. ومن هذا المعنى ما روي أنَّ الرسولَ عليه السلام قال لابن الابنة(٣١) لَمَّا رَجَعَ إلَيْه مِنَ الْوِلاَية على الصَّدَقَة فقال: هَذَا لَكُمْ وَهَذَا أُهْدِي لِي فقالَ الرَّسُول مُنْكِراً ذلك عَلَيْه: «أفلاَ جَلَسَ فِي بَيْتِ أبيه أو فِي بَيْتِ أمِهِ يَنْتَظِرُ هَلْ تأتيه هَدِية»؟(٣٢). فرد حكم الهدية إلى السبب الذي من أجله كانت الهدية، وجعل ما كان بعد ثبات العصمة من كرامة الولي، لأنه قد ثبت له ما يستوجب له الكرامة. وأما ما كان شرطاً في العقد فلا إشكال في أن له حكم الصداق والله الموفق.

مسألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن المرأة تزوج أباها أمتها أو الابن تزوج(٣٣) أباه أمته قال: النكاح مفسوخ وتقوم على الأب، حملت أو لم تحمل، كان ملياً أو معدماً، فإن حملت كانت بذلك الحمل أم ولد، وحاله في هذا المسيس بهذا النكاح، كحال الرجل يتعدّا على أمة ابنه فيطأها، غير أن المعتدي على ابنه في أمته، يقوم

(٢٨) في الجامع الصغير ممزوجاً بشرحه: [ابنتُه أو أُخته] خبر المبتدأ الذي هو أحق.
(٢٩) رواه أحمد في مسنده، وأبو داوود، والنسائي وابن ماجه.
(٣٠) في ق ١ بغير.
(٣١) صوابه اللُّتَبِيَّة كما سيأتي في الحديث.
(٣٢) رواه البخاري في باب الحيل ونصهُ عن أبي حُميد الساعدي قال: استعملَ رَسول الله ﷺ رجلاً على صدقات بني سُلَيْم يُدعَى اللُّتَبِيَّة، فلمَّا جاءَ حَاسَبَهُ، قالَ: هذا مالُكُم وهَذا هَدِيَّة. فقال رسول الله ﷺ [فَهَلَّا جَلَسْتَ في بيت أبيك وأُمّك حتَّى تَأتيكَ هَدِيَّتُك؟ إن كنتَ صادقاً] ثُم خطبنا فَحَمِدَ اللهَ وأثنَى عليه ثم قال:]أما بعدُ فإني أستعمِلُ الرجل منكم على العمل مِمَّا وَلَّاني اللهُ، فيَأتي فيقول: هذا مالُكم وهذه هدِيَّةٌ أُهْدِيَتْ لي، أفلا جلس في بيت أبيه وأمه حتَّى تأتيهِ هَدِيَّتُهُ] الحديث.
(٣٣) في ق ١ يزوج أباه. وهو الصواب لأن المعنى عليه.

عليه، كان ملياً أو معدماً، وكان الابن صغيراً أو كبيراً، حملت منه أو لم تحمل.

قال محمد بن رشد: إنما لم يجز للرجل أن يتزوج أمة ولده، لما له فيها من شبهة الملك(٣٤)، يدرأ به عنه الحد، **لقول النبي عليه السلام**: «**أَنْتَ وَمَالُكَ لأبيك**»(٣٥) والرجل لا يجوز له أن يتزوج أمته ولا ينعقد له فيهانكاح، لكونه مالكاً للبضع قبل النكاح ملكاً هو أقوى من ملك النكاح، والنكاح إنما يكون ليستباح به الفرج، ولأن الله تعالى قال: ﴿ **والَّـذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلاَّ على أَزْوَاجِهِمْ أوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُم فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِين** ﴾(٣٦). ففرق بين النكاح وملك اليمين، ولم يبح الفرج إلا بأحدهما فوجب لأجل ذلك ألا يجمع بينهما، وأن يبطل الملك النكاح، تقدم أو تأخر، فلو جاز أن ينعقد نكاح على ملك، لجاز أن ينعقد ملك على ملك، ونكاح على نكاح، وهذا قول مالك وجميع أصحابه، إنه لا يجوز للرجل أن يتزوج أمة ابنه، إلا عبد الله بن الحكم، فإنه يجيزه، قال: ومع أني أكرهه، فإن وقع لم أفسخه وإلى مثل قوله ينحو قــول مالك في سماع ابن القاسم، من كتاب السرقة: إن العبد إذا سرق من مال ابن سيده، قطعت يده، فرأى وطء الرجل أمة ابنه بنكاح، كوطئه إياها دون نكاح، فيما يجب من تقويمها عليه في اليسر والعسر، وإن لم تحمل على قوله إنه لا يجوز له تزويجها، لأنه إذا قومت على الأب وإن كره الابن في العدل من أجل أنها لا تحل له، فأحرى أن تقوم عليه في التزويج، لأنه قد أذن له في وطئها، وقوله غَيرَ أَن المعتدي إلى آخر قوله، استثناء لا وجه له، لا لسوا الوجهين والله أعلم.

---

(٣٤) في ق ١ الذي يدرأ.

(٣٥) حديث حسن‌صحيح رواه ابن ماجه عن جابر بن عبد الله، والطبراني في الكبير عن سمرة بن جُندب وابن مسعود. وذكر العزيزي في شرحه على الجامع الصغير: أن سبب الحديث كما في ابن ماجه، عن جابر بن عبد الله، أن رجلاً قال يا رسول الله: إن لي مالاً وولداً، وإن أبي يريد أن يجتاح مالي. فقال ﷺ أنت ومالك لأبيك.

(٣٦) المؤمنون. ٥ ـ ٦

مَسْألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الذي يزوج الرجل أمته على أن أوّل بطن تلده فهو حر، فولدت بطناً في حياة سيدها أو بعد موته، قال: ما ولدت في ذلك البطن فهو حر.

قلت: فإن ولدت توأمان، قال: نعم، كل ما كان في ذلك البطن فهم أحرار، قال: ويفسخ النكاح.

قلت: ولم فسخته والشرط للذي به يفسخ النكاح قد انقضى؟ قال: لأن عقد النكاح وقع بما لا يصلح، فليس انقضاء الشرط بولادة الأمة يسقط الفسخ الذي كان وجب في النكاح الفاسد، فهو مفسوخ متى ما علم به.

قلت: وإن طال زمانه جداً، قال: نعم، وإن طال زمانه بعد موت، فإنه لا يصلحه طول زمان، قال: وإن ولدت بعد موت السيد، وقبل القسم، فإن ولدها من ذلك البطن حر.

قلت: فهل يُمنع من بيعها إن حملت؟ قال: نعم، إلا أن ينزل به دين.

قلت: فالورثة هل يمنعون من اقتسامها إن كان السيد مات وهي حامل؟ قال: لا يمنعون من ذلك، فإن ولدت قبل القسم عتق ولدها من ذلك البطن بالشرط، وإن اقتسموا قبل الولادة انقطع الشرط، وكان ولد الأمة للذي تصير إليه الأمة، قال أصبغ: إذا طال وخيف على الميراث التلف، وإلا وقفوا.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفا في رسم الجواب من سماع عيسى، وتكررت أيضاً فيما مضى من هذا الرسم فلا معنى لإعادة القول فيها.

مَسْـــألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرجل يدفع إلى امرأته نقدها أيجوز(٣٧) لها أن تقضي منه إلا الشيء التافه الذي لا خطب له وإن قام عليها غرماؤها ولم يمكنوا من أخذ ذلك الصداق منها إلا بإذن زوجها ورضاه قال: وكذلك قال لي مالك: لا يجوز إلا الدينار ونحوه.

قلت: أرأيت كـالىء صداقها، أيجوز لغرماء المرأة أن(٣٨) يبيعوه بالنقد إذا كان على زوجها إلى أجل، فيتحاصُّون فيه؟ وإن كان حالاًّ أيـجـوز لهم اقتضاؤه لها(٣٩) وقبضه لأنفسهم عنها؟ أو يكون حالُّ الكـالىء من صداقها والنقد سواء؟ وكيف إن قام الغرماء على المرأة باقتضاء حقوقهم بعد البناء بأيام يسيرة؟ أيباع لهم متاعهـا الذي اشترت بنقدها أم حتّى متى توقفهم عن بيع ذلك عليها وما أجله عندك؟ قال ليس لذلك وقت، وإنما الذي لا يجوز لها من ذلك الصداق تأخذه فتدفعه في دينها، فأما ما أحدثت المرأة في ذلك بعد دخول زوجها بها من بيع أو اشتراء، أو جرح أو غير ذلك، فلحقها فيه الدين، فإنها لا تمنع من بيع ذلك وقضائه الغرماء أو يفلسها الغرماء، فيكون لهم بيع متاعها ومالها ما كان منه من صداقها أو غير ذلك، وكذلك هو عندي لو ماتت أخذ الغرماء في ذلك ما كان على الزوج من بقية صداقها، أو حاضر ما في يديها وهذا رأيي.

---

(٣٧) وقع في الأصل حذف وفي ق ١ أيجوز له أن يقتضي منه ديوناً عليها؟ قال: ليس ذلك لها، ولا يجوز لها أن تقضي منه إلا الشيء التافه الخ.

(٣٨) في ق ١ أن يتبعوه إن كان على زوجها الخ.

(٣٩) في ق ١ اقتضاؤه وقبضه لأنفسهم أو يكون الكالي. والمعنى يستقيم بحذف لها وعنها ولا يستقيم بحذف حالٍ.

قال محمد بن رشد: قوله إنها لا يجوز لها أن تقضي من مهرها ديونها، إلا أن يكون الشيء التافه اليسير، الدينار ونحوه، ومثل ما قال في كتاب الديات من المدونة. ولمالك في كتاب ابن المواز، إلا أن يكون الشيء اليسير مثل الدينارين والثلاثة، وليس ذلك باختلاف من القول، وإنما ذلك على قدر قلة الصداق وكثرته، فقد يكون صداقها الديناران والثلاثة(٣٩م) فيكون الدينار الواحد من ذلك كثيراً، وقد يكون صداقها ألف دينار، فتكون العشرة من ذلك أو أكثر قليلاً، وهذا كله صحيح على أصله، في أن المرأة يلزمها أن تتجهز لزوجها بصداقها، ولم يجد على الكالىء هل يكون حكمه في ذلك حكم النقد أم لا؟ فأما إذا كان أجله بعد البناء فلا إشكال في أنه لا حق فيه للزوج، وأنه لا يلزم المرأة أن تتجهز به إلى زوجها، فلغرمائها إذا قاموا عليها بديونهم قبل البناء أن يبيعوه بالنقد في ديونهم، وأن يقتضوه إن كان قد حل قبل البناء بتأخر البناء عن الوقت الذي جرت العادة أن يبني أهل البلد إليه، وأما إن كان أجله إلى قبل البناء، فحكمه حكم النقد، وإن تعجل قبل حلوله، وكذلك إن كان النقد عرضاً يلزمها أن تبيعه فيما تتجهز به إلى زوجها، إلا أن يكون العرض مما يقصد إلى اقتنائه، كالسياقات وشبهها. وظاهر قوله: إذا قام الغرماء عليها بعد الدخول وأرادوا بيع جهازها في ديونهم، إنه فرق بين أن يكون الديون حادثة بعد الدخول أو قديمة قبله، وليس المعنى في ذلك لا الطول، وإنما قال: إن جهازها يباع فيما تحدثت بعد الدخول من الديون، لأن الأغلب أن ذلك لا يكون إلا في الطول، فإذا قاموا بعد أن طالت المدة، وكان الزوج قد استمتع بجهازها ما له قدر وبال من الاستمتاع، كان لهم أن يقبضوا منه حقوقهم، كانت ديونهم حادثة بعد الدخول أو قديمة قبله، وإن قاموا بحدثان دخول زوجها بها وتجهزها إليه، لم يكن لهم أن يقبضوا ديونهم من جهازها، وإن كانت حادثة بعد الدخول، للحق الذي للزوج من الاستمتاع بما نقدها.

(٣٩م)في ق ١ ونحو ذلك.

مسألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن امرأة ادعت على رجل قد مات، انه كان زوْجَها، فأقامت البينة أن ذلك الرجل كان مقراً في صحته أن تلك المرأة امرأته، وأنه كان أصدقها كذا وكذا، ولم تقم بينة على إقرارها في حياته بمثل الذي كان به هو مقراً، ولا على أصل النكاح، قال: إن كانت المرأة في ملكه وعياله، وتحت حجابه، فالقول قولها لحيازته إياها، وخلوته بها، ومصيرها في يديه مع إقراره بنكاحها، وتسمية صداقها في صحته وجواز أمره، وإن كانت المرأة بائنة منه في أهلها عنه، منقطعة في مسكنها، فلا ميراث لها ولا صداق، إذا لم تقر بما كان يدعيه ويقرُّ به من نكاحها، إلا بعد موته، وذلك أنه لو كان حياً فماتت قبله، فأراد أن يرثها بذلك الإقرار الذي كان منه قبل موتها، لم يكن ذلك له حتى يعرف إقرارها بمثل ما كان يدعيه(٤٠) من نكاحها، مع إشهار ذلك وإعلانه، وتقادم ادعائه، ذكر ذلك منها إذ لم تقم بيِّنة على أصل النكاح.

قلت: أرأيت إن كان الذي ادعت هذه المرأة أنها امرأته، كانت في عياله وملكه، فأنكر الورثة وأتت بالبينة أن الرجل كان يخبر من جالسه أن له امرأة، ولم يسمها لهم، فزعم الشهود على إقراره بهذا أنهم لا يعرفون امرأته بتلك التي كان بها مقراً بعينها، ولا باسمها ولا نسبها، ولا يدعي هذه الدعوا غيرها. أترى أن شهادة هؤلاء توجب لها الميراث؟ قال: لا ميراث لها بهذه الشهادة، لأنها غير قاطعة.

قال محمد بن رشد: أوجب ابن القاسم في هذه المسألة الميراث للمرأة بإقرار الرجل في صحته، أنها امرأته مع كونها في ملكه، وتحت حجابه،

---

(٤٠) في ق ١ يقرُّ به.

وإن لم[٤١] يعلم منها إقرار بما كان يدعيه ويقرُّ به من نكاحها لأن كونها في ملكه وتحت حجابه، كالإقرار منها بالنكاح أو أقوى، ولو ماتت هي لورثها على ما في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الأقضية، في الذي ابتاع جارية فولدت منه أولاداً وقد كان الرجل يخبر الناس أنها امرأته، تزوجها وقد كان يحلف بطلاقها، وقد قيل في تلك: إنه إنما أوجب لها ابن القاسم الميراث، لظهور الولد بينهما بعد إقراره بنكاحها، ولولا ظهور الولد بينهما، لما أوجب لها الميراث بإقراره بنكاحها، مع كونها تحت حجابه وفي ملكه، لكونها على ذلك في الأصل بحق الملك، وأما لو لم تكن في ملكه وتحت حجابه، لما وجب لها الميراث، إذا لم يعلم إقرارها في صحته بما كان يدعيه من نكاحها، واختلف إذا تقارا بالزوجية جميعاً ولم تكن في ملكه وتحت حجابه، فقيل: إن الزوجية تثبت بينهما بذلك، ويتوارثان بها، إذا اشتهر ذلك من قولهما، وتقادم ذلك، وظهر في الجيران، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، وقول ابن وهب من سماع يحيى من كتاب الشهادات، وقيل: إن النكاح لا يثبت ولا يكون بينهما ميراث بتقاررهما بالنكاح مع طول الزمان، حتّى يثبت النكاح بالبنية، وهو قول ابن القاسم، وأشهب، في سماع يحيى من كتاب الشهادات، ويصح للشاهد أن يشهد بالقطع على النكاح من ناحية السماع، إذا كثر القول به حتى وقع العلم به للسامع من ناحية التواتر على ما في سماع أبي زيد، ونوازل سحنون من كتاب الشهادات وبالله التوفيق.

مسألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الحربي يتزوج في دار الإسلام ذمية فيولد له منها أو الذمي يتزوج الحربية في دار الإسلام، فيولد له منها وإنما كان خروج الحربي والحربية، إلى دار الإسلام بلا عهد أعطياه ولا أمان ثمّ اطلع السلطان على أمرهما، فأخذا،فما ترا

(٤١) سقطت الجملة الآتية من ق ١ وإن لم يعلم منها إلى قوله: وتحت حجابه.

في رقابهما وأموالهما(٤٢) وأولادهما؟ قال: سئل مالك عن أهل قبرس، يدخل إليهم ناس من العدو، فيتزوجون من نسائهم، أو يخرج القبرسي إلى الروم، فيتزوج امرأة، فيأتي بها، فتلد أولاداً، ويولد للرومي من القبرسية ولد فيوخذون، فما ترى الحكم فيهم؟ فقال: الولد في هذا تابع للآباء، فإن كان رومي تزوج قبرسية فولده فيءٌ وإن كان قبرسي تزوج رومية فولده على مثابة أبيهم، في العهد، وسمعت الليث يقول مثله، وإنما يكون الولد تبعاً للأم في المملكة، فأما الأحرار من أهل الذمة، والحربيين أو المصالحين، فهم تبع للآباء، وكذلك قال مالك والليث، وهو رأيي.

قال محمد بن رشد: قوله في الحربي يتزوج ذمية، أو الذمي يتزوج حربية، إن الولد تبع للأب في حاله، من العهد أو غير العهد، هو على خلاف ما في **المدونة** في الذمية يسبيها العدو، فتلد عندهم، فتسبى هي وولدها، إن ولدها تبع لها، إلا أن يكون قد بلغ وقاتل واحتلم، مثل قول ابن الماجشون وأشهب إن ولدها وصغارهم وكبارهم فيء، وفي **المدونة** لابن دينار، قول ثالث إن الولد تبع لذي العهد من أحد الأبوين من كان منهما، ولا يسترقون، ولا اختلاف في الحربي يتزوج الأمة أن ولدها رقيق لسيد الأمة، وقال ابن الماجشون وأشهب في الأمة يسبيها العدو فتلد عندهم: إن ولدها صغارهم وكبارهم فيء، والوجه في قوله إنه حكم لهم بحكم الدار، وبالله التوفيق.

مسألة

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن رجل خصي(٤٣) مرض فدعا جارية عنده فقال لمن حضره: أشهدكم أني قد كنت أعتقتها في

---

(٤٢) سقط من ق ١ وأموالهما.

(٤٣) سقط من ق ١ خصي.

صحتي، وتزوجتها وأنا أشهدكم إنها طالق ألبتة، وقد كانت تعرف مملوكة ولا يشهد أحد على أصل نكاح ولا عتق(٤٤) في الصحة. فقال: لا تعتق في ثلث ولا غيره ولا صداق لها ولا ميراث إذا لم يكن لها نية على أصل نكاح كان قبل المرض وذلك أن النكاح لا يثبت وإن أقر به إلا بثبات العتاقة والعتاقة لا تثبت بمثل هذا الإقرار في المرض ولا تعتق في ثلث إلا أن يقول أمضوا عتقها.

قلت: أرأيت إن صحّ ماذا يجب لها بهذا الإقرار الذي كان في المرض؟ قال تتمّ حرمتها ويلزمه طلاقها ولا تحل له إن أراد نكاحها إلا بعد زوج.

قلت: فكم يكون صداقها ولم يكن إذا قر بنكاحها في مرضه ذكر تسمية صداق، وقد اختلف فيه اليوم حين لزمه العتق والطلاق، بالصحة من المرض. قال: القول قول الزوج فيما أقر به من الصداق.

قال محمد بن رشد: قد اختلف في قول الرجل في مرضه قد كنت اعتقت عبدي هذا في صحتي فيموت من مرضه، على ثلاثة أقوال: **أحدها** هذا إنه لا يعتق في رأس المال ولا في الثلث، إلا أن يقول امضوا عتقه فيعتق، **والقول الثاني** إنه إن كان ورثته ولداً أعتق من رأس المال، وإن كان ورثته كلالة، لم يعتق من رأس المال ولا من الثلث. وهذا القول في كتاب أمهات الأولاد من **المدونة**، في الذي يقر في مرضه بأن أمته ولدت منه، ولا ولد معها، ولا فرق بين المسألتين. **والقول الثالث** إنه إن كان ورثته ولداً أعتق من رأس المال، وإن كان ورثته كلالة، عتق من الثلث، وهذا القول رواه ابن عبد الحكم عن مالك وهو في كتاب المكاتب من **المدونة**، والميراث في هذه المسألة والصداق، إن كان سماه جار على هذا الاختلاف، يكون لها من

(٤٤) سقط من ق ١ من قوله: ولا عتق إلى قوله: كان قبل المرض.

الميراث والصداق من رأس المال على القول إنها تعتق من رأس المال إن كان ورثته ولداً، ويكون لها الميراث والصداق من الثلث على القول بأنها تعتق من الثلث، ولا صداق لها ولا ميراث على القول بأنها لا تعتق لا من رأس المال ولا من الثلث، وهو قوله في هذه الرواية، وإن صح من مرضه ثبتت حريتها، وكان لها جميع ما أقر لها به من الصداق، إن كان قد دخل بها، ونصفه إن كان لم يدخل بها، من أجل أنه طلقها، ولا تحل له إلا بعد زوج وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصبرة

وقيل في الرجل يشتري الأمة على أن ينكحها عبده، فوجبت له على ذلك، وأنكحها العبد، إن البيع مفسوخ، إن لم تفت الأمة، ويفسخ النكاح أيضاً، وإن فاتت كان عليه قيمتها يوم اشتراها ويفسخ النكاح، لأن مالكاً قال: لا يكون نكاح وبيع، فإن أراد ذلك سواء كان الشرط عند البيع في نكاحها أو نكاح غيرها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه لا فرق بين أن يكون الشرط في نكاحها، أو نكاح غيرها، لما يخشى في ذلك من أن يكون البائع قد ازداد في ثمن الأمة التي باعها مقدار ما نقد المبتاع في تزويجها من عبده، فيكون الفرج موهوباً بلا صداق، وكذلك لو باعها منه على أن يزوجها منه أو على أن يزوج أمة له أخرى منه أو من عبده، أو على أن يزوج وليته منه، الحكم في ذلك كله سواء، وقد مضى في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده، من سماع عيسى، القول في حكم اجتماع البيع والنكاح في صفقة واحدة مستوفاً، فلا وجه لإعادته هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسمعت مالكاً يقول في الرجل يوصي في مرضه فيقول:

إن مت من مرضي فقد زوجت ابنتي فلانة من ابن أخي فلان إن ذلك جائز.

قلت: كبيراً كان ابن أخيه أو صغير، قال: نعم أراه جائزاً ولم أسأل مالكاً عن كبير ولا صغير.

قال محمد بن رشد: هذه المسألة في بعض روايات المدونة وزاد فيها، ولابنة صغيرة، وهو معنى المسألة وقوله في هذا النكاح: إنه جائز، يريد إن قبله ابن أخيه إن كان كبيراً أو وليه إن كان صغيراً قال سحنون: وإنما يجوز النكاح إن قبله الزوج بقرب ذلك، وهذا على اختلافهم في الرجل يزوج الرجل الغائب، وقيل: يجوز إن أجازا بالقرب، وقيل يجوز، وإن أجازا بالبعد على ما مضى القول فيه في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، ولو قال إن مت من مرضي فزوجوا ابنتي من ابن أخي أو من فلان فجاز النكاح، وإن طال الأمر قبل القبول، وكذلك لو قال: زوجوها منه بعد عشر سنين، أو بعد بلوغها لجاز، وإنما افترق ذلك، لأن النكاح في الأول من الميت لازم للابنة بموته، إن قبله الزوج بالقرب، على الاختلاف المذكور، ولأنه في المسألة الثانية من الوكيل لا من الميت، وقد حكى ابن حارث عن يحيى بن عمر أنه قال: وسواء طال الأمر، أو لم يطل، على قياس قول ابن القاسم، يريد على قياس قوله في رسم حلف من سماع ابن القاسم إذ جعل قوله فيها فقد وصيته بابنتي، راجعاً إلى معنى الوصية بتزويجها، فيلزمه على قياس ذلك أن يجعل قوله في هذه المسألة فقد زوجته ابنتي راجعاً إلى معنى الوصية بتزويجها، فيجوز قبوله لذلك في القرب والبعد، وهو ظاهر قوله في هذه الرواية، إذ لم يفرق فيهما بين قرب ولا بعد، واختلف إذا قال في صحته إن مت فقد زوجت ابنتي فلاناً، فأجازه أشهب. وقال ابن القاسم: لا يجوز إلا في المرض.

قال محمد بن رشد: وهو أصوب لأنه إذا كان في الصحة فكأنه إلى أجل، ولعل ذلك يطول، كالذي يقول: إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي فلاناً وقول أشهب عندي أحسن، لأنه إذا حمله على الوصية فلا فرق بين

الصحة والمرض في الوصية، ووجه قول ابن القاسم أنه حمله في الصحة على البت، فلم يجزه، وفي المرض على الوصية، فأجازه في القرب والبعد، على ما حكيناه عنه. وحمله محمد على البت في الصحة والمرض، فلم يجزه في الصحة لطول الأمر، كالذي يقول: إذا مضت سنة فقد زوجت ابنتي من فلان، وأجازه في المرض، كالذي يقول: إن مضى شهر فقد زوجت ابنتي من فلان، إن النكاح جائز إن رضـي فلان لازم بمُضي الشهر، وإنما قال في **المدونة** في الذي قال إذا مضى الشهر، فأنا أتزوجك، ورضيت بذلك المرأة والـولي، إن النكاح باطل، من أجل أن قوله فأنا أتزوجك ليس بالتزام، فيكون نكاح له فيه خيار. وقد قال بعض من تكلم على مسائل **المدونة** إنه إنما قال النكاح باطل على أنه عنده التزام، والأول أظهر والله أعلم.

ومن كتاب الصلاة

وقال في الرجل يوصي أن تزوج ابنتُه رجلاً سماه فتُنكر ذلك الابنة بعد موته، وتقول، لا يلزمني ما أوصى به، إذ لم يعقد على النكاح: قال: الوصية لها لازمة، إلا أن يأبى الرجل الذي سماها له أن يتزوجها.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة في رسم حلف ليرفعن أمراً من سماع ابن القاسم، وذكرنا هناك أنه يتحصل فيها ثلاثة أقوال، فلا معنى لإعادة ذلك. وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّله يشتري الدور والمزارع للتجارة

وقال في رجل تزوج بصداق إلى مَيْسُرة إنه إن كان ملياً يوم وقع النكاح بهذا الشرط، فالنكاح جائز، وله عليهم أن ينتظروه(٤٥) بقدر ما يرا من التوسعة على مثله، قال: وإن كان معسراً فموقع

(٤٥)في ق ١ ينظروه وهو المناسب، لأنه يقال: أنظره يُنظره إلى آخره.

النكاح بهذا الشرط، فإنه إن نظر فيه قبل البنا فسخ، وإن نظر فيه بعد البناء مضى، وفرض لها صداق مثله، وبطل الصداق الأول للذي وقع بالمكروه.

قال محمد بن رشد: أما الذي تزوج بصداق إلى ميسرة وهو معسر، فلا إشكال ولا اختلاف في أنه نكاح فاسد كما قال، لأنه أجلٌ مجهول. وأما إذا كان ملياً فأجازه ابن القاسم في هذه الرواية، ورآه مثل ما جوز من البيع على التقاضي، وهو إلى غير أجل سمياه، إلا أنه معلوم بالعرف، فكذلك هذا معلوم بما يعرف من حاله، فينظر إلى ما يعلم أن الصداق يتيسر له إليه من المدة. وحكى ابن حبيب أن أصبغ ذكر أن ابن القاسم كان يجيزه ويجعله حالاً وليس ذلك بخلاف لما قلناه، لأنه وإن سماه حالاً فلا بد أن ينظر به على قدر ما يرا أنه يتهايا(٤٦) له من غير أن يفسد فيه متاعه، ويبيع أصوله، بالغاً ما بلغ، وهذا كمن أسلف رجلاً سلفاً حالاً، فإنه لا يؤخذ به في الحين، ولا بد من أن يؤجل فيه على قدر ما يعلم من القصد في ذلك بالعرف والعادة، وابن الماجشون يراه أجلاً مجهولاً يفسخ به النكاح قبل الدخول. ويقوم من تعليل ابن حبيب لقول ابن الماجشون، إجازته إذا لم يكن معه نقد معجل، بخلاف إذا كان معه نقد معجل، ولو قيل في هذه التفرقة بالعكس لكان أشبه، من أجل أن الضرر يقل إذا كان معه نقدٌ معجل، وقول ابن القاسم أظهر، لأن النكاح في باب الصداق، أوسع من البيوع، لأنه يجوز فيه من الغرر والمجهول، ما لا يجوز في البيع. من ذلك النكاح على عبد غير موصوف، وعلى شوار بيت، وما أشبه ذلك وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل يتزوج امرأة ويشترط عليه، إن كل جارية يتسررها عليها فهي حرة، وللرجل يوم اشترط عليه هذا الشرط

(٤٦) في ق ١ يتهيأ.

أمهات الأولاد فيطأهن بعد الشرط، إن اليمين تلزمه فيهن، فيحنث بما اشترط عليه من التسرر. بأنه إذا مسهنّ بعد اليمين، فالمسيس تسرّر، وذلك أن التي تشترط ألا يتسرّر عليها، إنما تشترط ألاَّ يمس معها غيرها، فإذا مسّ أمهات أولاده، فقد حنث، قال أبو زيد بن أبي الغمر، وأصبغ مثله، وسئل عنها سحنون، فقيل له: الرجل ينكح المرأة، وله أمهات أولاد، فتشترط عليه ألا يتسرر عليها، فإن فعل فهي حرة، فقال: لا شيء عليه في أمهات أولاده اللاتي كن عنده قبل النكاح، وإنما يلزمه الشرط فيما يستقبل من الإماء بعد عقدة النكاح.

قال محمد بن رشد: رآه ابن القاسم حانثاً للوجهين اللذين ذكرهما: **أحدهما** مراعاة اللفظ، وذلك أن الوطء نفسه يسمى تسرراً في اللسان. **والثاني** مراعاة المعنى، وهوما يعلم من أن القصد بالشرط ألا يطأ معها غيرها، ووجه قول سحنون إنه حمل الشرط على ما هو التسرر عند عامة الناس، وإن خالف ذلك موضوع اللسان،وذلك أن التسرر عند الناس إنما هو وطء الجارية ابتداء مع العزم على اتخاذها لذلك، فلا يقولون لمن وطىء في يوم من الأيام أمّ ولده، أو جارية قد كان يطأها، أو خادماً دون ألا ينوي العودة لذلك، إنه تسرّا في ذلك اليوم على امرأته، وهذا نحو ما في **المدونة** في الذي يحلف ألا يأكل بيضاً فأكل بيض السمك، إنه لا يحنث من أجل ذلك، لا يسمى بيضاً عند الناس، وإن كان في اللسان بيضاً وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن المرأة يغيب عنها زوجها فتنكح، ثم يقدم فتزعم أنه نعي لها ولم ترفع ذلك إلى الإمام، ولم يكن الذي ادعت فاشياً، أترى أن ترجم؟ فقال: لا أرى عليها رجماً كذلك، قال مالك: وإنما أرى ذلك يسقط عنها للشبهة التي ادعت، ولكن يفسخ نكاح الثاني،

وتعتدُّ من مسيسه، ويكون الأول أحق بها، فإن شاء أمسك، وإن شاء طلق.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها لا ترجم للشبهة التي ادعت، صحيح، لأنه نكاح صحيح في ظاهره، يثبت فيه نسب ولد الزوج، ولو أقرت على نفسها أنها تزوجت دون أن ينعى لها، وهي تعلم أنه حي لم يمت، وأن ذلك لا يحل لها. لحدث، وثبت نسب ولدها من الزوج الذي تزوجت على كل حال، إن كان تزوجها بعد حيضة وأتت بالولد لما يلحق لمثله الأنساب، وأما قوله: إن النكاح يفسخ، وتعتد من مسيس الزوج، ويكون أحق بها، فإن شاء أمسك وإن شاء طلق، فهو كما قال، ومثله في المدونة ولا اختلاف في ذلك. وسواء في هذا تزوجته دون أن يُنعَا لها، أو بعد أن نُعي لها، ببينة أو بغير بينة، كان الشهود شهود زور، أو كانوا عدولاً، فشبه عليهم. وإنما يفترق ذلك فيما بيع من ماله، فإن كان الشهود شهود زور، كان أحق بماله حيث ما وجده، وله أن يجيز البيع بأخذ الثمن إن شاء، وبأخذ الأمة وقيمة ولدها، وقيل يأخذ قيمتها يوم الحكم، وقيمة ولدها. وقيل يأخذ قيمتها يوم الوطء لا غير، وإن كان الشهود عدولاً وقد شبه عليهم ولم يكن له ما بيع من ماله سبيل، إلا أن يغرم الثمن للمبتاع، ويرجع به على البائع وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل ينكح المرأة على أن يصدقها مائة دينار: خمسين نقداً وخمسين بعد ابتنائه بها بسنة، فقال: أكرهه، وإن وقع لم أراه(٤٧) مفسوخاً. قيل له: لم أجزته وأنت لا تجيز النكاح إذا كان الصداق لغير أجل؟ وهذا لا يدري متى يبني، فهو الآن، كمن تزوج بصداق إلى غير أجل؟ فقال: إني سمعت مالكاً يقول في الرجل

(٤٧) كذا.

يتزوج المرأة بخمسين دينار[٤٨] وخمسين تكون حالة بعد الابتناء، فجوزه، فأنا أرى أن الذي يقول خمسين بعد الابتناء بسنة، إنما هو من وجه ما جوز من البيع بالتقاضي وهو إلى غير أجل معروف، وكان الابتناء عنده معروفاً لا يتباعد كما قد عرف من قدره. وما يكون بين الملك والابتناء من الزمان، فأنا أرى إذا وقع أن يمضي النكاح، فتكون الخمسون التي جعلت بعد الابتناء بسنة تحل عليه إذا مضى من الزمان ما يرا أن أهل بلده يبتني أكثرهم إلى مثله، ثمّ يؤخر بعد ذلك القدر سنة، فتحل عليه الخمسون، ولا يفسخ نكاحهما، ولا ينبغي للمرء أن يحمل النكاح محمل البيع في جميع الأمر، ألا ترا أن النكاح يحل بالرأس غير الموصوف، وشوار غير موصوف، فإذا وقع النكاح جعل لها رأساً من أوسط الخدم، وشوار نحوها في قدرها، وما يعلم أنه يكون شوار مثلها. قال سحنون مثله، وكذلك لو تزوجها بخمسين ديناراً نقداً، وخمسين ديناراً بعد ابتنائه بسنة، وخمسين ديناراً إلى خمس سنين، كان النكاح جائزاً، دخل بها أو لم يدخل، وقال أبو زيد بن أبي الغمر في مسألة سحنون أرا أن يفسخ النكاح، ما لم يدخل بها، وإن دخل بها نظر إلى ما أعطاها من المؤجل إلى خمس سنين، فيقال: ما صداق مثلها على هذا المؤجل الذي يسمى لها إلى خمس سنين فما كان من شيء قل أو كثر يضَافُ ذلك إلى المؤجل، فتأخذه نقداً، وكانت الخمسون إلى أجلها، وقال أصبغ، فيها مثل قول أبي زيد إلى خمس سنين.

قال محمد بن رشد: جعل ابن القاسم في هذه الرواية حد الابتناء معروفاً بالعرف والعادة، فأجاز أن يكون ابتداء أجل الكالىء منه، وأن يكون مؤخراً إليه على ما حُكي عن مالك، وهو قوله في المدونة في الذي تزوج

---

(٤٨) في ق ١ بخمسين ديناراً نقداً أو خمسين تكون حالة.

بخمسين وخمسين على ظهره، فقال: إن ذلك الذي على ظهره يحل بدخول الزوج عندهم، فهو جائز. وقال ابن المواز: إنما جاز ذلك، لأن الدخول حال، لو شاءت المرأة أن تدعوه إلى الدخول، لكان لها ذلك. وقول ابن القاسم أظهر، إذ لا يلزم الزّوج الدخول بها من ساعته، إذا دعته إلى ذلك، وله أن يؤخر ما يشبه، ولا يكون على المرأة فيه ضرر إذا أُجرالها نفقتها، كما يكون لها من الحق أن تؤخر إلى ما يشبه إذا دعي هو إلى تعجيل الابتناء بها، وقد مضى القول على ذلك في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب، وفي أول سماع عيسى من كتاب السلَم والآجال، إن وقت الابتناء مجهول، فلا يكون أجلاً للكالىء، مثل قول أبي زيد وأصبغ، وجه القول الأول. .ما احتج به ابن القاسم من أن النكاح أوسع من البيوع، ووجه القول الثاني. .قياس النكاح على البيوع. وقد قال مالك أشبه شيء بالبيوع النكاح. وقول أبي زيد فما كان من شيء قل أو كثر، يضاف إلى المؤجل، ظاهرهُ كان أكثر من المعلوم والمجهول، أو أقل من المعلوم وحده، لايعتبر بشيء من ذلك في صداق مثلها. وقد مضى الاختلاف في هذا في رسم يوصي من سماع عيسى فلا معنى لإعادته.

مسألة

وقال: في الرجل ينكح المرأة، فيسمي لها صداقاً مسمى، على أن يحج بها من ماله، فقال: إن نظر في أمرهما قبل البناء، فأرى أن يفسخ نكاحهما، لأن هذا ليس من الصداق.

وقيمة ما ينفق على مثلها في حجها من الكراء والنفقة والكسوة، وما يتكلف لمثلها فى حجها. قيل أرأيت، إن كان لم يجعل صداقها إلا الحج بها، قال: إن علم به قبل البناء فسخ، وإن فات أمرها فابتنا بها، رأيت أن يجعل لها صداق مثلها ولا تعطا ما ينفق على مثلها في الحج. وقد قال مالك في التي يكون صداقها شيئاً معلوماً والحج بها تموت قبل أن يحج بها وبعد البناء: إنه يعطي

ورثتها ما كان ينفق على مثلها في حجها، وأنا لا أرى لهم إلا أن يحمل لهم مثلها إلا أن يتراضى الزوج والورثة على أمر يجوز بينهم، وذلك أنه كراءٌ قد لزمه ولزمها، فإذا ماتت فإنما لورثتها عليه ما كان يكون لها في حياتها. ألا ترا أنها لو قالت له: إني لا أريد الحج فادفع إليّ ما كنت تنفق علي لو حججت، لم يكن ذلك لها، وكذلك لو أنه أراد أن يعطيها نفقة مثلها ويبرأ من حملها لم يكن ذلك له. فاشتراطها الحج كراء لها، وقد لزمها ولزمه، فورثتها بمنزلتها. قيل له: فالنكاح على أن يكون الصداق حملانها إلى بلد أو لخدمة عبد أو خدمة الزوج إلى أجل من الآجال. قال: لا أرى ذلك يجوز في الصَّدُقَات، ولا أحب أن يجب به النكاح، فإن وقع فسخته قبل البناء،وأجزتُ النكاح بعد البناء، ورددت الصداق إلى صداق مثلها، وأبطلت الأجرة والكراء كله من الصدقات.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها والكلام عليه في رسم لم يدرك من سماع[٤٨] عيسى فلا معنى لإعادته هنا مرة أخرى وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

قال: وسألته عن المعترض عن امرأته، يفرق بينهما بعد انقضاء الأجل، ثم ينكحها نكاحاً جديداً فيعترض عنها أيضاً، فتريد فراقه، أيكون ذلك لها؟ قال: ذلك لها إذا قامت معه في الابتناء الآخر، قدر ما تعذر فيها تدعي من اختيارها له وانقطاع رجائها منه إذا كان العذر في ذلك بيناً.

قلت: وما بيان ذلك قال: أن يكون الرجل يطأ غيرها وإنما

(٤٨ م) سقط من سماع عيسى من ق ١.

ابتلي بالاعتراض عنها، فتقول: رجوت أن يذهب الله ذلك عنه، وأن يكون قد تعالج أو نحو ذلك. فإذا كان على هذا فالفراق إليها بعد انقضاء أجل السّنة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، على معنى ما في المدونة من أن العنّين إذا تركته امرأته ولم ترفعه إلى السلطان، وأمكنته من نفسها ثمّ رفعته بعد ذلك، فلها أن تقول: اضربوا له أجل سنة، لأن الرجل قد يتزوج المرأة فيعترض عنها، وتكون له أخرى فيصيبها، فتقول: تركته وأنا أرجو لأن الرجال بحال ما وصفت. وعلى ما حكى ابن حبيب أيضاً من امرأة المعترض إذا صبرت عليه ثمّ بدا لها، فإن كان بحدثان ما كانت رضيت بالصبر عليه لشرٍّ وقع بينهما، فليس لها ذلك، وإذا بدا لها بعد زمان، وقالت: كنت رجوت أن ينطلق من اعتراضه، ويذهب ذلك عنه بالعلاج وغيره، فذلك لها. وكذلك تقول المرأة في هذه المسألة، إنما تزوجته وأنا أرجو أن يكون ذهب ذلك عنه بالعلاج، فيكون ذلك لها، وتصدق فيما ادعته، ويكون الفراق إليها بعد انقضاء عهدة السنة إذا لم يكن قيامها عليه بحدثان دخوله بها لشر وقع بينهما كما قال ابن حبيب، يريد بعد يمينها إن ادعا الزوج عليها، أنها أرادت فراقه لأمر وقع بينهما، لا للمعنى الذي قامت به وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن الرجل تشترط عليه امرأته عند عقدة النكاح، إن تسرَّى عليها فالسُّريَّة صدقة على امرأته، قال: إن علم هذا قبل البناء فسخ، وإن ابتنا بها فالشرط باطل ولا صدقة لها.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الشرط باطل، ولا صدقة لها، صحيح، على ما في المدونة وهو المشهور في المذهب من أن الصدقة بيمين لا يحكم بها، وإن كانت لرجل بعينه، وحكم للنكاح بحكم ما فسد لصداقه من أجل أن للشرط تأثيراً فيه، فيفسخ قبل الدخول، ويثبت بعده، ويكون فيه

صداق المثل. وهذا إن كانت التسمية في العقد على الشرط، وأما إن كان تزوجها على الشرط نكاح تفويض، دون تسمية صداق، ثمّ سمى لها بعد ذلك صداقاً، فالنكاح ثابت، والشرط باطل، والصداق المسمى لازم. وفي المدنية لمحمد بن دينار أن الصدقة بالشرط تلزمه، وأنه إن أعتقها بعد أن اتخذها لم ينفذ عتقه، وكانت لها صدقة بالشرط. قال: وإن اشترط إن اتخذها فهي صدقة عليها وحرة، فاتخذها كان مخيراً بين عتقها والصدقة بها. ولابن نافع فيها، إن من باع سلعة من رجل وقال: إن خاصمتك فيها فهي صدقة عليك، فخاصمه فيها، إن الصدقة تلزمه، فعلى قولها في لزوم الصدقة بالشرط، ينبغي أن يكون النكاح جائزاً، والشرط لازماً، كسائر الشروط اللازمة. واستدل بعض الشيوخ من هذه المسألة على أن من التزم لامرأته إن تسرر عليها فأمر السرية بيدها إن شاءت باعتها عليه وإن شاءت أمسكتها له. إن البيع لا يلزمه فيها، خلاف ما ذهب إليه ابن العطار. ووجه هذا الاستدلال أن الصدقة إذا كانت لا تلزمه فأحرَا ألا يلزمه البيع، وليس ذلك ببين، لأن المعنى في الصدقة والبيع مفترق. وإنما الوجه في أن البيع لا يلزمه أنها وكالة منه لها على بيعها، وللموكل أن يعزل الوكيل على الوكالة متى ماشاء. هذا الذي حفظناه عن الشيوخ في ذلك ولا يبعد عندي إلا يكون له أن يعزلها عن هذه الوكالة، لأنه لما نكحته على ذلك فقد أخذ عليها عوضاً يلزمه، كالمبايعة، وقد مضى بيان هذا المعنى في رسم الجواب من سماع عيسى فقف عليه وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى: وسألت ابن وهب عن البكر يغيب عنها أبوها الغيبة البعيدة، إما أن يتخذ موضعه الذي غاب به وطناً، أو يتردد في تلك الناحية للتجارة، فتضيع، وتريد النكاح، أينكحها السلطان أو الولي؟ أم لا يجوز ذلك لغير الأب؟ أما إذا قطع الأب عنها نفقته، وأطال عنها غيبته، فإن إنْكاح الولي أو الإمام إياها برضاها

جائز، ثم لا يكون للأب أن يفسخ ذلك ولا أن يرده، قال: وإن كان الأب يُجري لها النفقة لا زال(٤٩) يتفقدها ويرسل إليها بما يصلحها حتى تومن عليها الضيعة، فلا يجوز لأحد: إمام ولا غيره، أن يفتات على أبيها بإنكاحها إلا بإذنه ورضاه.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى الحكم فيها موعباً مستوفاً في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم فأغنى ذلك عن إعادته هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: في الرجل يتزوج المرأة من(٥٠) مجوسية أو نصرانية في عدتها، ثم يسلم الرجل وامرأته: انه لا يفرق بينهما.

قال محمد بن رشد: يريد إذا كان إسلامها بعد أن انقضت العدة، وطىء فيها أو لم يطأ. وأما إن كان إسلامها في العدة، فيفسخ النكاح إن كان العقد قبل أن تحيض حيضة، على ما في سماع أبي زيد، من أن المسلم إذا تزوج النصرانية بعد حيضة من عدة زوجها النصراني، لا يفسخ نكاحه. وعلى ما في كتاب ابن المواز لابن وهب، إن نكاحه يفسخ إن تزوجها قبل انقضاء الثلاث حيض، يفسخ نكاحها إذا أسلما في العدة، وأما إن كان انعقد بعد حيضة أو حيضتين، وإن وطىء بعد إسلامه في العدة قبل أن يفسخ النكاح، لم تحل له أبداً على مذهب من يرا التحريم المؤبد بالوطء في العدة، وهو قول مالك وجميع أصحابه وبالله التوفيق.

مسألة

قال يحيى: أخبرني ابن القاسم أنه سمع مالكاً يقول: ينكح

---

(٤٩) في ق ١ ولا يزال.

(٥٠) حذف من ق ١ حرف من وحذفه صواب.

الرجل أمته التي أعتق إلى أجل بغير رضاها ما لم يتقارب أجل عتقها، وما دام يجوز له أخذ مالها. قال: وقال مالك: لا يجوز له أن ينكحها إذا أعمرها رجلاً ثمّ جعلها حرة بعد الأجل إلا برضاها، ولا يجوز ذلك للمحرم أيضاً. قيل له: فالموصى لها بالعتاقة بعد أجل تخدم إليه، أللورثة أن ينزعوا مالها وينكحوها بغير رضاها؟ قال: ليس لهم من ذلك شيء بغير رضاها، لاينكحونها ولا يأخذون من مالها قليلاً ولا كثيراً، قرب أجل عتقها أو بعد. وقال سحنون مثله. وإنما منع الورثة أن ينزعوا مالها، لأنه به قومت في الثلث، فصار ذلك كعضو منها.

قال محمد بن رشد: جرا ابن القاسم فيما حكي عن مالك من هذه المسائل، وذهب هو إليه من رأيه، وتابعه عليه سحنون، على أصل واحد، وهو أنه إنما يجوز للرجل أن يكره على النكاح بحق الملك من يجوز له أن ينتزع ماله، فقال: إن للسيّد أن ينكح أمته التي أعتق إلى أجل بغير رضاها ما لم يتقارب أجل عتقها، وما دام يجوز له أخذ مالها. وقال: إنه ليس له أن ينكح الأمة التي أعمرَها رجلاً وجعلها حرّة بعد الأجل إلا برضاها، من أ جل أنه لا يجوز له أن ينتزع مالها على ما في سماع ابن القاسم من كتاب الخدمة. وأما المخدم، فلا إشكال أنه ليس له أن يكرهها على النكاح، إذ لا حق له في رقبتها ولا في أخذ شيء من مالها، وقال في الموصى لهابالعتق إلى أجل: إنّ الورثة لا يكرهونها على النكاح كما لا ينتزعون مالها. وقد قيل: إنه إنما له أن يكره على النكاح بحق[٥١] الملك من له أن يطأ، فعلى هذا لا يكره الرجل معتقته إلى أجل على النكاح قرب أجل عتقها أو بعد، إذ ليس له أن يطأها. وهوأحد قولي مالك في رواية أشهب عنه، فللرجل أن يكره مدبرته[٥٢] على النكاح باتفاق. إذْ له أن يطأها وأن يأخذ مالها، وهو القياس في أم الولد،

(٥١) في ق ١ من له أن يطأ بحق الملك. فالتقديم والتأخير الواقعان في الأصل في غيرمحله.
(٥٢) في ق ١ مورثته.

إذ له أن يطأها، ولا يأخذ مالها. وقد قيل: إنه لا يكرهها على النكاح، ومضى القول على ذلك في رسم طلق من سماع ابن القاسم، وليس للرجل أن يكره المعتق بعضها على النكاح باتفاق، إذ ليس له أن يطأها ولا أن يأخذ مالها. وهو القياس في المكاتبة. وقد روي عن مالك أنه يجبرها على النكاح لما جاء من أن المكاتب عبد ما بقي عليه من كتابته شيء، ولأنه يملك رِقه إذ له أن يعجز نفسه وقوله: وإنما منع الورثة أن ينتزعوا مالها لأنه به قومت في الثلث، فصار كعضو منها ليس بتعليل بين، لأن التقويم لا يقع على المال حقيقة، إذ لا يسمًّى عند التقويم، وإنما يقال: كم قيمة هذه الأمة بما لها من المال؟ دون أن يسمًّى أو يوصف، كما لا يقع الثمن على مال العبد إذا بيع بماله. ألا ترا أنه إذا استحق لا يجب به رجوع، وإنما يقوم معها من المال ما اكتسبته في حياة سيدها. واختلف هل يقوم معها ما اكتسبته بعد موته؟ فعلى هذا التعليل يكون للورثة أن ينتزعوا منها ما استفادته بعد التقويم وما استفادته بعد موت سيدها وقبل التقويم على القول بأنها لا تقوم به. وقد قيل: إن للورثة أن ينتزعوا مالها ما لم يقرب الأجل. وإن قومت به، وهو ظاهر قول غير ابن القاسم في كتاب الوصايا الأول من **المدونة**. وعلى قياس قول مالك في رواية مطرف عنه: إن من أعتق عبداً إلى أجل، أن ينتزع ماله وإن مرض، إذا كان الأجل بعيداً، ولورثته بعده أن ينتزعوه أيضاً ما لم يقرب الأجل، إذ لا فرق في حق الورثة بين مااعتق في حياته أو أوصى بعتقه من ثلثه بعد وفاته لأن الثلث له حياً وميتاً. وقد قيل أيضاً: إنه ليس للورثة أن ينتزعوا مالها وإن لم تقوم به، وهو قول ابن القاسم ها هنا وظاهر ما في الوصايا الأول من **المدونة** وعلى قياس قوله في سماع أصبغ في الذي يعتق عبده إلى أجل، إنه لا يجوز له أن ينتزع ماله إذا مرض، ولا يجوز لورثته انتزاعه وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّله أول عبد ابتاعه فهو حر

قال: وسألته عن الرجل يخطب المرأة إلى وليها فتزوجه(٥٣)

(٥٣) في ق ١ فيزوجه.

ويشهد له، ثمّ تنكر المـرأة أن يكون ذلك بعلمها أو رضاهـا، أتستحلف أنها ما علمت ولا وكلته بإنكاحها؟ قال: أما إذا كان الإشهاد ظاهراً وإطعام الوليمة وإشهار الأمر في دارها أو حيث يرا أنها به عالمة، فأرى أن تحلف بالله ما وكلته ولا فوضت إليه ذلك، وما ظـنّت أن اللعب الذي كان في دارها وحيث يرا أنها تسمعه وتعلم به، ولا الطعام الذي صنع بذلك الموضع، إلا لغير وليمتها ما علمت ما ادعى من نكاحها، ولا رضيته، ثمّ لا يكون عليها شيء، ولا يثبت ذلك النكاح. قال: وأما الشيء للذي يُرا أنها لم تقارب علم ذلك، مثل أن يشهد القوم في المسجد وما أشـبه ذلك، فلا أرى أن تحلف فيه.

قلت: إذا كان الأمر المشهور الذي رأيت عليها فيه اليمين إن نكلت، لزمها ذلك النكاح، فقال: نعم نكاحها على اليمين مع اشتهار الأمر وظهور الأسباب التي يستدل بها على علمها ورضاها، يوجب ذلك النكاح عليها، وأما ما كان على غير ذلك فلا أرى عليها شيء(٥٤) لأنه لا يشأ رجل أن يتوقع امـرأة فيلزمها اليمين في مثل هذا، إلا فعل، فلا أرى ذلك عليهن.

قال محمد بن رشد: قد قيل إنه لا يمين عليها في دعوى الرضا بالنكاح، لأنها إذا نكلت عن اليمين لم يلزمها النكاح. وقيل إنها تحلف رجاء أن تقر، فإن حلفت سقط عنهـا النكاح، وإن نكلت لم يلزمهـا النكاح. وتقسيمه في هذه الرواية بين أن يكون ثمّ سبب يدل على علمها أو لا يكون، قول ثالث في المسألة. وقوله: إن النكاح يلزمها إن نكلت على اليمين مع ظهور الأسباب، يريد مع يمين الزوج إن كان حقق الدعوى عليها. وأما إن كان لم يحققه عليها فعلى الاختلاف في رجوع يمين التهمة والله أعلم. وقد

(٥٤) في ق ١ شيئاً وهو الصواب.

مضى[٥٥] في رسم البز من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

من سماع

من سماع سحنون بن سعيد من عبد الرحمن بن القاسم. قال سحنون: وسألت عبد الرحمن بن القاسم عن الزوج يتزوج امرأة وبها برص أو جذام أو جنون، ويدخل بها ويقيم معها، ثمّ يتبين ذلك فيردها بذلك العيب أو يطلقها. أيحلها هذا الوطء لزوج كان قد طلقها أو يكونا[٥٦] به محصنين؟ قال: لا إلا أن يكون قد علم بوطئها بعد علمه ثمّ طلقها فإما أن يردها أو يطلقها ولم يطأها بعد العلم والرضى، فلا أرى ذلك يحلها، ولا يحصنها ولا تحصنه، وكذلك الذي يطأ امرأته في صيام واجب من رمضان أو نذراً أو حائض، أو محرمة أو معتكف ووقف في صيام تطوع، ثمّ قال مالك: لا يحلها ولا يحصنها ولا تحصنه، إلا كل وطء عقدته صحيحة، ليس لأحد فيها خيار ولا فساد، ووطء صحيح ليس بمحرم[٥٧] ولا صائم، ولا حائض، ولا كل ما كان مثل هذا وما أشبهه.

قال محمد بن رشد: اتفق مالك وأصحابه فيما علمت أن الوطء بالعقد الفاسد لا يقع به تحليل ولا احصان إذا فسخ، وعلى أن الوطء بالعقد الذي فيه خيار لأحد الزوجين أو لغيرهما لا يقع به تحليل ولا إحصان إذا رده من إليه رده. واختلفوا إذا أجازه على ثلاثة أقوال: **أحدها** أنه يقع به التحليل والاحصان، وهو قول أشهب في كتاب ابن المواز **والثاني** لا يقع به التحليل[٥٨] ولا إحصان حتى يطأ بعد الإجازة، وهو المشهور المعلوم في المذهب. **والثالث** أنه لا يقع به تحليل ولا إحصان أصلاً حتى يطلق ثمّ يستأنف عقد آخر، لا خيار فيه، وهذا ما يأتي على قول رواية ربيعة في المدونة ومذهب الأوزاعي إن العبدين الزوجين إذا اعتقا لا يكونان محصنين بذلك

---

(٥٥) في ق ١ مضى ذلك.

(٥٦) في ق ١ يكونان وهو الصواب.

(٥٧) في ق ١ زيادة ولا معتكف بعد قوله: محرم.

(٥٨) في ق ١ تحليل ولا إحصان أصلاً.

العقد الذي كان في حال الرق، واختلفوا إذا كان العقد صحيحاً والوطء فاسداً على ثلاثة أقوال: أحدها أنه لا يقع بذلك تحليل ولا إحصان، وهو قول ابن القاسم وروايته عن مالك. والثاني أنه يقع بذلك التحليل والاحصان. وهو مذهب ابن الماجشون واختيار ابن حبيب. والثالث أنه يقع به الإحصان، ولا يكون به التحليل، وهو قول المغيرة وابن دينار، وقد قاله مالك، ثم رجع عنه، والوطء الفاسد الذي اختلف في وقوع التحصين والإحلال به هذا الاختلاف الذي ذكرناه هو أن يطأ في حال الحيض أو الإحرام، أو الاعتكاف، أو في صيام واجب من رمضان، أو نذر لأيام بأعيانها، أو كفارة يمين، واختلف في صيام التطوع وقضاء رمضان والنذر لأيام ليست بأعيانها، فقيل إن حكم الوطء في ذلك كله حكم الوطء الصحيح قاله ابن حبيب في الواضحة وحكى أنه مجمع عليه من قول مالك وأصحابه، وليس بصحيح، وقيل إن حكم الوطء في ذلك كله حكم الفاسد. وهو ظاهر قول مالك الذي رجع إليه في رواية سحنون هذه. وقيل إن حكم الوطء في ذلك حكم الوطء الفاسد حاشى صيام التطوع. وهو قول مالك الأول في هذه الرواية. هذا تحصيل القول في هذه المسألة وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: في المجنونة المخبلة[٥٩] يزوجها أبوها ويجوز ذلك[٦٠].

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن البكر لا أمر لها في نفسها مع أبيها. فإذا كان له أن يزوجها في حال الصغر، ويجوز ذلك عليها، كان له أن يزوجها في حال الجنون ويجوز ذلك عليها.

---

(٥٩) في ق ١ المختبلة.

(٦٠) في ق ١ زيادة عليها.

مسألة

وقال ابن القاسم في الأمة تغر من نفسها فتتزوج فيصدقها مثلي صداق مثلها، فيدخل بها ثمّ يستحقها سيدها، إن النكاح يفسخ، ويكون لها صداق مثلها، ويؤخذ منها الفضل.

قلت: فإن أصدقها أدنى من صداق مثلها أو أصدقها ربع دينار وقد كانت بكراً فاقبضها(٦١) وقيمة عذرتها أكثر مما أصدقها قال: فليس لها أكثر من ذلك، إلا أن يصدقها أقل من ربع دينار، أو لا يصدقها شيئاً فترجع إلى صداق مثلها. قال سحنون: وقال غيره مثل هذا إلا أنه قال: إذا أصدقها مثلي صداق مثلها أعطيت ما بين صداق أمة وحرة، نصف صداق أمة ونصف صداق حرة.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه إن كان أصدقها أكثر من صداق كمثلها، كان لها صداق مثلها، وأخذ منها الفضل، هو نص قول ابن القاسم في **المدونة** وعليه ينبغي أن يحمل قول مالك فيها، وإن كان ظاهره خلاف ذلك إذ لا يصح أن يترك لها الزّائد على صداق مثلها، وهي غارة، وقد كان القياس إذا لم يراع حق السيد في ذلك، وقال إنه إذا أصدقها أدنى من صداق مثلها، وقيمة عذرتها أكثر من ذلك، لم يكن لها إلا ذلك. قال أشهب: كما لو زنى بها طائعة إلا أن يكون لها إلا قدر ما يستحل به فرجها، كالحرة إذا غرت نفسها بجنون أو جذام أو برص. وهو قول ابن أبي حازم. وإنما يستقيم أن يكون لها مما أصدقها صداق مثلها على ما لابن القاسم في **كتاب ابن المواز** من أنه إذا أصدقها أقل من صداق مثلها، كان لها صداق مثلها، من أجل حق السيد، ومساواته بين أن لا يصدقها شيئاً أو يصدقها أقل من ربع دينار في أنها ترجع إلى صداق مثلها، يدل على أن النكاح بأقل من ربع دينار نكاح فاسد، يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، ويكون فيه صداق

(٦١) في ق ١ فآفتضها. وهو الصواب.

المثل، لا خيار للزوج في ذلك، خلاف قوله في المدونة مثل قول غيره فيها. وقد قيل إنه يفسخ قبل الدخول وبعده وقع ذلك في بعض روايات المدونة.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يقول للرجل تَزوْج ابنتي ولك هذه الدار، فتزوجها قال: أراه جائزاً دخل أو لم يدخل.

قلت: فإن قال له تزوجها واجعلها صداقها، قال: ذلك جائز.

قلت: من أي وجه جوزته؟ قال: إنما هو عندي بمنزلة ما لو قال رجل لرجل تزوج وأنا أعينك بدار أو بخادم. فإن تزوج كان ذلك له، وإن لم يتزوج لم يكن له شيء. وقوله على أن يتزوج فضل.

قلت: فإن قال تزوج ابنتي بخمسين ديناراً وأنا أعطيك هذه الدار، قال لا خير فيه، لأنه من وجه نكاح وبيع.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنه إذا قال تزوج ابنتي ولك هذه الدار إن ذلك جائز، إذ لم يعطه الدار على صداق مسمى، فيكون ذلك بيْعاً قد اقترن مع النكاح. ويقوم من هذه المسألة معنى خفي صحيح، وهو أن البيع والنكاح يجوز أن يجتمعا في صفقة واحدة، إذا كان نكاح تفويض لم يُسمَّ به صداق مثل أن يقول: أزوجك ابنتي نكاح تفويض، على أن أبيع منك داري بكذا وكذا وقد مضى في حكم البيع والنكاح إذا سمّا(٦٢) به صداق في صفقة واحدة في رسم أوصى أن ينفق على أمهات أولاده من سماع عيسى فلا وجه لإعادته هنا وبالله التوفيق.

---

(٦٢) كذا.

مسألة

وسئل عن المرأة تأمر وليها يزوجها ويشترط لها، فيزوجها ولا يشترط لها، فيدخل بها زوجها، فتعلم أنه لم يشترط لها، فالنكاح جائز، والشرط باطل.

قلت: فإن لم يدخل بها قال: يقال للمرأة ترضى بغير شرط، فإن قالت لا، قيل للزوج: اشترط لها وهي امرأتك، وإن أبت لم يلزمها شيء، وفارقها.

قلت: وتأمره أن يشترط لها، قال: نعم آمره. واحتج بالليث وشروطه لابنته.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها إذا لم تعلم أن الولي لم يشترط لها الشروط التي أمرته أن يزوجها عليها، إلا بعد دخوله بها، إن النكاح جائز، والشرط باطل، صحيح، على معنى ما في **المدونة** في الذي يأمر الرجل أن يزوجه بألف، فيزوجه بألفين، ويزعم أن الزوج أمره بذلك، ويدخل بها، إنه ليس لها إلا ما أقر به الزوج، لأنها تركت أن تبين من حقها، فكذلك هذه لا شيء لها فيما أمرت به وليها من الشروط، لأنها فرطت في حقها، إذ تركته يدخل قبل أن تبين ما أنكحها عليه من الشروط، وفي قوله: إنه يقال لها إن لم تدخل ترضى بغير شرط، فإن قالت لا. قيل إلى آخر قوله، دليل على أنها إن قالت نعم، جاز النكاح وثبت، ولم يفرق بين قرب ولا بعد. فظاهره خلاف ما مضى في أول سماع يحيى. وقد مضى القول على ذلك هنالك. وقوله: إنها إذا قالت لا، يقال للزوج اشترط لها وهي امرأتك، معناه إن رضيت بذلك عند اشتراطه لها الشروط، ولا يلزمها رضاها بها أولاً. وذلك بين من قوله: وإن أبت لم يلزمها شيء وفارقها. وقد بينا وجه ذلك في أوّل مسألة من سماع يحيى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن البكر تعطي الرجل مائة دينار على أن يتزوجها فيتزوجها، ثمّ يعلم الأب قبل الدخول أن النكاح ثابت، ويرد الزوج المائة التي أخذ ويغرم مائة أخرى، وهو مثل البيع، سواء في العبد الذي يعطى مالاً يشتري به ولا يفسخ العقد، دخل أو لم يدخل.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في أوّل رسم من سماع عيسى فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل ابن القاسم عن مكاتب تزوج حرة فكانت معه سنين، ثمّ ادعت أنه غرها من نفسه، وزعمت أنها لم تعلم حين نكحته أنه مكاتب، قال ابن القاسم: أرا أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو أنها لم تعلم، ويكون لها الخيار، ومن العبيد عبيد، يكون أحدهم في حاله وتجارته ومنظره حال الحر، وهي امرأة في خدرها لا تعلم بذلك فالقول قولها حتّى يعلم أنها قد علمت.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن المكاتب ليس بكفؤ للحرة، فهو محمول على أنه غرها، فالقول قولها مع يمينها أنها لا تعلم إن ادعى عليها أنها علمت باتفاق،ويفرق بينهما، ويكون لها الصداق المسمى بالمسيس. وهذه المسألة أقوى في إيجاب اليمين من الذي يقوم بعيب في سلعة اشتراها، فيريد البائع أن يحلفه ما علم بالعيب، ولم يدع أنه أعلمه به، فلا يدخل في هذه من الاختلاف ما دخل في تلك وأما إن لم يدعي(٦٣) عليها أنها علمت وأراد أن يحلفها دون أن يحقق عليه الدعوى فيجري الأمر في ذلك على الاختلاف في لحوق يمين التهمة. وأما إن ادعى عليها أنه أعلمها أنه مكاتب، فتحلف بالله

---

(٦٣) في ق ١ لم يدع وهو الصواب.

الذي لا إله إلا هو ما أعلمها بذلك. وقال ابن كنانة: إن كان تزوجها ببلده الذي يعرف به، وأمْرُ كتابته فيه ظاهر معروف، فلا يقبل قولها إنها لم تعلم ذلك، وإنما يقبل قولها وتصدق إذا تزوجها بغير بلده.

قال محمد بن رشد: ولو كانت مكاتبة أو أمة فادعت أنها لم تعلم أنه مكاتب وأنها تزوجته وهي تظنه حراً لم يكن لها شيء إلا أن تدعي عليه أنه غرها وأخبرها أنه حر، فتزوجته على ذلك فيحلف على ذلك، فإن نكل عن اليمين حلفت هي وكان لها الخيار وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: في الرجل يتزوج المرأة على مائة دينار فتأخذ منه حميلاً بخمسين فيطلقها قبل أن يدخل بها. قال: ترجع على الحميل بخمس وعشرين ديناراً، وعلى الزوج بخمسة وعشرين ديناراً، وإنما هو بمنزلة رجل زوّج ابناً له كبيراً أو رجلاً أجنبياً، بمائة دينار، على أن ضمن عنه من الصداق خمسين، والخمسون الأخرى على الزوج، وطلق الزوج قبل أن يدخل بها، فإنما يتبع الأب بخمسة وعشرين ديناراً، ويتبع الابن بخمسة وعشرين ديناراً، ولا يكون غرم ذلك على واحد منهما خاصة، إلا أن تحب المرأة أن تأخذ الزوج بالخمسين، وتدع الحميل، فيكون ذلك لها، لأن الحميل يتبع بها الزوج إن غرم، والأب في ابنه أو أجنبي، لا يتبع بشيء منها، فأما اتباع المرأة فهو أبينها والذي وصفت لك والبيع مثله. ألا ترا لو أن رجلاً باع سلعة من رجل بمائة دينار، وانتقد منه مائة دينار، على أن يأخذ منه المشتري حميلاً بخمسين، فأدرك السلعة رجل استحق منها نصفها، وتماسك بنصفها، ولم يتبع الحميل إلا بنصف الخمسين. فإن قال: إنما أخذت خوفاً من أن يُستحق منها شيء فاتبع به الحميل فليس كما قيل، واتبع كل واحد منهما بنصف الحق.

قال محمد بن رشد: قوله والأب في ابنه أو أجنبي لا يتبع بشيء منها، نص جلي على أن ضمان الصداق في عقد النكاح على الابن أو عن الأجنبي محمول على الحمل حتّى يتبين أنه أراد الحمالة، وسيأتي بعد هذا مثل هذا. وقد مضى الكلام على هذا في رسم الكبش من سماع يحيى.

وقوله في الذي تحمل للمرأة بخمسين ديناراً من صداقها وهو مائة، فطلق الزوج قبل الدخول: إن الحميل لا يلزمه إلا خمسة وعشرون، نصف الخمسين التي تحمل بها، صحيح في القياس والنظر، لأن الخمسين التي تحمل بها شائعة في جميع الصداق، فلما سقط بالطلاق نصفه سقط نصف الخمسين التي تحمل بها الحميل، ومثله في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب الحمالة، وفي سماع أصبغ من كتاب المديان. وأصبغ يقول: إن لها أن تأخذ الحميل بالخمسين الواجبة لها قبل الزوج وهو قول ابن الماجشون، وابن كنانة. ووجهه أنها تقول: إنما أخذته وثيقة من حقي مخافة أن تطلقني وبالله التوفيق.

مسألة

وقال ابن القاسم في الرجل يفض البكر بيده قال: عليه ما شَانَها به بعد الأدب. قال سحنون: وكذلك قال ابن وهب. قيل لابن القاسم: فإن كانت امرأته قال: فلا شيء عليه ولا يجب بذلك عليه صداق.

قال محمد بن رشد: أما إذا فعل ذلك بغير زوجته، فلا اختلاف أن عليه ما شانَها به، يريد ما شَانَها به عند الأزواج مع الأدب. وأما إذا فعل ذلك بزوجته فقال: ها هنا لا شيء عليه. معناه أنه ليس عليه أدب ولا ما شَانَها به إن أمسكها ولم يطلقها، ولا يجب عليه بذلك جميع صداقها إن طلقها قبل أن يمسها، يريد ويكون عليه إن فعل ذلك ما شَانَها فِعلُه عند غيره من الأزواج. وفي سماع أصبغ عن ابن القاسم: إن ذلك من الزوج كالوطء

يجب عليه به جميع الصداق. وقال أصبغ[٦٤] القياس أنه وغيره ما لأصبغ سواء في أنه يجب عليه بذلك إن طلقها قبل أن يمسها ما شَانَها عند غيره من الأزواج لا في وجوب الأدب عليه فقول أصبغ في سماعه مثل قول ابن القاسم ها هنا وبالله التوفيق.

مسألة

وقال ابن القاسم في النكاح الفاسد إذا خالعت المرأة زوجها على مالٍ أعطته إن كانت عالمة بأن النكاح فاسد فذلك جائز للزوج وإن لم يعلم رجعت به على الزوج، لأنها إذا علمت فإنما هي تركت له شيئاً أو أعطته إياه ولم يلزمها.

قلت: فإن أعطته شقصاً في دار، هل لشفيع فيه شفعة إذا كانت عالمة بفساد النكاح؟ قال: نعم من قبل أن الناس اختلفوا في ذلك النكاح، فمن ثمّ رأيت الشفعة فيه، لأنه ليس من ناحية الهبة.

قلت: فإن استحق بعض ما أعطته من مال، أيرجع عليها بشيء؟ قال لا. من قبَل أنه لم يكن ينبغي له أن يأخذ منها شيئاً فهو إذا استحق فليس له أن يرجع بشيء لأنه قد صار إلى ما كان يومر به.

قال محمد بن رشد: مذهب ابن القاسم: إن الخلع تابع للطلاق بحيث ما لزم الطلاق ثبت الخلع، ولم يكن للمرأة فيه رجوع، وحيث ما لم يلزم الطلاق لم يثبت الخلع، وكان للمرأة أن ترجع فيما أعطت إلا أن تكون عالمة بفساد النكاح، وأن الواجب فيه الفسخ. هذا بين من مذهبه في **المدونة** فجوابه في هذه المسألة على القول بأن الطلاق لا يلزم في النكاح الفاسد الذي

(٦٤) في ق ١ وقال أصبغ: القياس إنه وغيره بالإصبع سواء يريد في أنه الخ. وبه يستقيم النقل عن أصبغ.

يختلف في فساده، ويجب عنده فيه الفسخ، وهو خلاف ما اختاره في المدونة لرواية بلغته عن مالك من أن الطلاق يلزم في كل نكاح يختلف في فساده. فعلى ما اختاره فيها يثبت الخلع ولا يكون لها فيه رجوع، وإن لم تعلم بفساد النكاح، ولذلك رأى الشفعة في الشخص الذي خالعت به. ويلزم على قياس هذا القول أن يكون للزوج الرجوع عليها في الاستحقاق. ومذهب ابن الماجشون أن الخلع لا يلزم في النكاح الذي يجب فسخه لفساده ولا في النكاح الذي تملك المرأة فيه الفرقة فيه إذا لم تعلم بذلك، وثبتت فيما سوى ذلك مما يكون الخيار فيه لغيرها. وذهب ابن المواز إلى أنه لا يرد إلا فيما يجب فسخه، ولا خيار فيه في امضائه لأحد، فاعلم أنها ثلاثة أقوال وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتزوج المرأة ثمّ يجن قبل أن يدخل، فتختار فراقه، فيفرق بينهما. قال: قال مالك: لا شيء لها من المهر.

قلت: فالرجل يعسُر بالصداق أو بالنفقة فيفرق بينهما، قال: تتبعه بنصف الصداق.

قال محمد بن رشد: الفرق عند ابن القاسم بين المسألتين أن الله تعالى يقول: ﴿ وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمُ ﴾(٦٥). والذي يجن فتختار امرأته فراقه لم يكن منه طلاق، ولكن الفراق من قبلها. والذي يعسُر بالصداق أو بالنفقة، يحتمل أن يكون الفراق من قبله، لأنه يُتهم على أنه أراد الطلاق، فأخفا مالَه لتطلق المرأة نفسها، فلا يكون عليه شيء من الصداق. وابن نافع لا يرا لها شيئاً من الصداق كمن جنّ فطلق عليه قبل البناء لأن الفراق جاء من قبلها وهـو القياس. وسكت ها هنا عن ضرب الأجل للمجنون قبل البناء، ويبينه ما في

(٦٥) الآية ٢٣٧ من البقرة.

سماع يحيى من طلاق السنة أن مالكاً قال: يضرب له أجل سَنة، وإن كان قبل البناء، وكذلك يفرق بينهما. وبالله التوفيق.

مَسْألة

قلت: فالرجل يُفقَدُ قبل دخوله بأهله، فيفرق بينهما بعد الاستقضاء، وتُعطى صداقها كاملاً ثم تتزوج، فيأتي زوجها. قال: يرجع عليها بنصف صداقها. وفي رواية أبي محمد عيسى بن دينار، لا يرجع عليها بشيء ولها الصداق كاملاً لأنها انتظرته وضيق عليها واعتدت منه ومنعها النكاح فلا ترد عليه شيئاً.

قال محمد بن رشد: القولان لمالك في سماع عيسى من كتاب الكفالة، وفي سماع عيسى من طلاق السنة لمالك من رواية أبي محمد عيسى وفي سماع سحنون خلافه. وقوله: فيأتي زوجها أو يعلم أنه مات بعد أن تزوجت ودخل بها الزوج باتفاق، أو بعد أن تزوجت قبل أن يدخل بها الزوج على القول بأنها تفوت بالعقد، ولا يكون له إليها سبيل إن جاء، لأن الطلاق يقع عليه بذلك. وقد قيل: إنه لا يقضى لها بشيء من الصداق حتى يأتي وقت لو قدم الأول لم يكن له إليها سبيل، وهو أن يتزوج ويدخل بها الزوج أوْ لا يدخل على اختلاف قول مالك في ذلك في المدونة فيقضى لها حينئذ بنصف صداقها، إلا أن ينكشف أنه مات قبل ذلك، أو يبلغ من السنين ما لا يحيا لمثلها، فيقضى لها بجميعه وإن كانت قد تزوجت، وهو قول ابن الماجشون. وقيل إنه لا يقضى لها إلا بنصفه: فإن بلغ من السنين ما لا يحيا لمثلها أو ثبت وفاته ما بينه وبين أن تبين منه بالدخول أو التزويج على الاختلاف المعلوم، قُضي لها ببقيته. حكى هذا القول ابن سحنون وابن الجلاب والله الموفق لا رب غيره.

مَسْألة

قال سحنون: قلت فالرجل يزوج ابنه ويضمن عنه الصداق

ثمّ يعدم الأب قال: يقال للابن جيء بالصداق. فإن أبا طلقت عليه، واتبعت المرأة الأب بنصف الصداق.

قلت: فإن أعطى الابن الصداق ودخل ثمّ أيسر الأب، أيرجع على أبيه بما أدى؟ قال: نعم. وهو القياس أن يرجع به عليه.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يرجع على أبيه بما أدى نص جلي على أنه حمل ضمانه عنه الصداق على الحمل، وذلك مثل ما تقدم فوق[٦٦] هذا. وقد مضى القول عليه في أول رسم من سماع يحيى. لا يختلف في وجوب الرجوع له على أبيه على القول بأن الضمان في ذلك حمل ولا حمالة، وإن كان قد اختلف في التي تصالح زوجها على مؤونة حملها أو رضاعه ونفقته إلى فطامته، فتحتاج ولا تجد ما تنفق، فينفق الأب، هل له أن يتبعها أم لا؟ ففي رسم البز من سماع ابن القاسم من طلاق السنة، ورسم الطلاق من سماع أشهب من كتاب التخيير أنه يتبعها. وروي عن ابن القاسم أنه لا يتبعها. والفرق بين المسألتين أن النفقة قد كانت في الأصل واجبة على الأب المنفق، والصداق لم يكن في الأصل واجباً على الابن، لحمل أبيه إياه عنه في أصل العقد. وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: قلت لأشهب: فالرجل يقول إنْ تزوجت فلانة فهي طالق، فتزوجها، فتطلق باليمين، أيكون لها نصف الصداق؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنه إذا تزوجها وسمى لها في أصل العقد صداقاً قال: لها نصف الصداق، لأنها مطلقة قبل الدخول. وقد

(٦٦) في ق ١ لم تذكر كلمتا: فوق هذا.

قال تعالى: ﴿ وإن طلَّقْتُمُوهُنَّ من قَبْل أن تَمَسُّوهُنَّ ﴾(٦٧) الآية ولو لم يسم لها في أصل العقد صداقاً لم يجب لها شيء، إلا أن يدخل بها، فيجب لها صداق مثلها. واختلف إذا سمّى لها في أصل العقد صداقاً فدخل بها، فقيل لها صداق كامل، وهو قول مالك. وقيل لها صداق ونصف، وهو قول أهل العراق. قال ابن نافع: وهو في القياس حسن. يريد لأن الطلاق لزمه قبل الدخول، فوجب عليه بذلك نصف الصداق، ثمّ لما دخل بها بعد ذلك وهي بائنة منه، يرى أنها زوجته لم تبن منه، لزمه بالدخول صداق كامل، فكان عليه صداق ونصف، وعلى هذا القياس يأتي ما في كتاب النكاح الثاني من المدونة وفي الأختين يتزوجهما أخوان فتدخل امرأة كل واحد منهما على صاحبه أنه ترد امرأة كل واحد منهما إليه، فيكون على كل واحد منهما صداقان صداق لزوجته، وصداق للتي دخل بها وهو يرى أنها زوجته وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته: عن رجل تزوج إلى قوم بصداق مسمى، ومن سنة البلد أن يهدي الرجل إلى امرأته هدية تطيب بذلك نفسها، ويُسر بذلك أهلها، فأعد الرجل هدية، وأشهد في السر أن هذا الذي أرسل ليس هو هدية، وإنما هو عارية منه أو متعة، إلى حين القيام في استرجاعها وأخذها منها، وإنما فعلتُ هذا الآن وبعثت به إليها لأطيب به نفسها، ومن كان منها فأرسل إليها وامرأته ترى ويرى أهلها أنها هدية على حال ما يصنع غيره، فقبلوها وهم يرون أنها هدية إليهم، فقام بعد ذلك يطلبها إليهم فقال: أَخْتَانُه وامرأته بعد البناء أو قبْل البناء لا ندفع إليك شيئاً لأنا لم نقبله منك إلا على هدية على حال ما يهدي الناس إلى أزواجهم. ولو علمنا ما تذكر حقاً لم نقبله منك. قبل. أترى لما طلب وجهاً؟ قال سحنون: إن كان

(٦٧) البقرة. ٢٣٧

قد أشهَد بذلك في السر ولم يعلمهم بأنه منه إليهم هدية، ثمّ امتهنوا ذلك على غير علم، فليس عليهم في امتهانهم شيء، وهو يأخذ ما وجد بعينيه، وإن ضاع منها شيء لزمهم ذلك، إلا أن تكون لهم بينة على الذهاب. وقال أبو زيد بن أبي الغمر مثله.

قال محمد بن رشد: قول سحنون في هذه المسألة ومن سُنة أهل البلد وشأنهم. يريد من عادة أهل البلد وما استمر عليه فعلهم. وقوله: إن كان قد أشهد بذلك في السر، ولم يعلمهم بأنه منه إليهم هدية، كلام فيه إشكال، كيف يصح أن يعلمهم بأنه منهم(٦٨) هدية وهو لم يرد به الهدية؟ فمعنى قوله إن كان أشهد بذلك في السر ولم يقل لهم في العلانية إنه منه إليهم هدية نفعه الاستشهاد، وكان له أن يأخذ متاعه، ولم يكن عليهم مما امتهنوا منه على غير علم شيء، يريد إن كانوا امتهنوا ذلك امتهاناً لا تمتهن العواري(٦٩). وأما إن كانوا امتهنوا ذلك كما تمتهن العواري فلا شيء عليهم امتهنوا ذلك على علم أو على غير علم. وأما قوله: وإن ضاع منها شيء لزمهم إلا أن تكون له بينة على الذهاب، فوجهه أنه أعمل إشهاده في السرّ، فحكم لها بحكم العارية في الضمان كما حكم لها بحكمها في الاسترجاع. وقول ابن القاسم في رسم النكاح من سماع أصبغ، إنه لا ضمان عليها إذا لم تقبل ذلك على وجه العارية أصحُّ في القياس والنظر، إذ ليس له أن يُلزمهم ضمان ما لم يلتزموا ضمانه وحبسه(٧٠) أن ينفعه الإشهاد في استرجاع متاعه. ولو قال لهم في العلانية إنه منه إليهم هدية، لم ينفعه الإشهاد في السر، بدليل قوله ولم يعلمهم بأنه منه إليهم هدية. وجوابه في هذه المسألة على القول بأنه لا يقضى بالعرف في الهدية. وقد مضى اختلاف قول مالك في ذلك، والقول فيه في رسم مساجد القبائل من سماع ابن القاسم. وأما على القول بأنه يقضى فلا ينتفع بالإشهاد

(٦٨) في ق ١ منه. وهو الصواب.
(٦٩) في ق ١ زيادة في مثله عقب قوله: العواري.
(٧٠) في ق ١ وحسْبه.

في السر في ذلك إذ لَيْس له أن يبطل بإشهاده حقاً واجباً عليه وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: لا بأس أن يهب الرجل جاريته النصرانية لعبده المسلم، إذا كان ذلك مما يصلح في خدمتها، ويريد بذلك أن يولد للعبد منها.

قال محمد بن رشد: لا فرق في هذا بين المسلمة والنصرانية، لأن المسلم يجوز له ملك النصرانية، كما يجوز له ملك المسلمة، سواء، فإذا كان العبد ممن يشبه أن يملك مثل ملك الجارية وكانت هبة صحيحة مستقيمة، قصد بذلك تمليكه إياها، لا عارية فرْجها له، جاز ذلك على ما مضى في رسم باع غلاماً في سماع ابن القاسم، ورسم الطلاق الثاني من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألة

وعن الأمة يزوجها سيدها بصداق فزعم ابن القاسم أن للسيد أن ينتزع منها صداقها ولا(٧١) أرى ذلك يريد ليس له أن يأخذه منها. ألا ترى أن من قول مالك في الحرة تريد أن تقضي ديناً من صداقها أن ذلك لا يكون لها، إلا الشيء اليسير وكذلك الأمة.

قال محمد بن رشد: لمالك في كتاب الرهون من المدونة مثل قول سحنون ها هنا. ودليل قول ابن القاسم في كتاب النكاح الثاني منها مثل قوله ها هنا: إن له أخذ مهرها، كما له أخذ مالها. ولبكيْر بن الأشج فيه أن له أخذه إلا ما يستحل به فرجها. وقال ابن حبيب: إنه يلزمه أن يجهزها منه إلى زوجها بما يجَهَّزُ به مثلها فيتحصل في المسألة أربعة أقوال، أجراها على المذهب

(٧١) في ق ١ وأنا لا أرى ذلك.

قول مالك، وأصحها في القياس والنظر قول ابن القاسم، وقول بكير وابن حبيب استحسان وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد من عبد الرحمان بن القاسم قال محمد بن خالد: سألت ابن القاسم عن المرأة تستحلف وليها على نكاحها على أن يزوجها من فلان بكذا وكذا، وشرط كذا وكذا، وأشهدت على الولي الموكل بذلك. فذهب الولي فزوجها بذلك من الصداق وترك الشرط.

فقال ابن القاسم: إن كان لم يدخل، فالأمر إليها، إن شاءت أقامتْ وإن شاءت انفسخت من تزويجه.

قال محمد بن رشد: قوله إن كان لم يدخل، فالأمر إليها إن شاءت أقامت وإن شاءت فسخت. ظاهره في القرب والبعد، إذ لم يفرق بين ذلك. وهو مثل ما مضى في سماع سحنون، وخلاف لما تقدم في أول سماع يحيى وقد مضى القول على ذلك هنالك مستوفى وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يتصدق بداره على رجل على أن يتزوج ابنته فيقبل صدقته على ذلك، فيتزوج ابنته ويصدقها الدار التي تصدق بها عليه أبوها ليس مع الدار شيء غيرها. قال: أراه نكاحاً جائزاً ولا أرى بذلك بأساً.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، وقد تقدمت والقول فيها في سماع سحنون فلا وجه لإعادته والله الموفق.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن الرجل يُخصَى من قبل أن يدخل على امرأته. هل لها الخيار في نفسها؟ فقال: نعم ذلك لها.

قلت: لابن القاسم: فإن خصي بعدما دخل بها ومسّ فقال لا خيار لها.

قال محمد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب. وذهب أصبغ إلى أنه لا فرق بين أن يُخصَى قبل أن يَمَس أو بعد ما مسّ، لأنها بلية نزلت به، وليس ذلك من قبَله ليضر امرأته، فهي مصيبة نزلت. بهـا وقوله هو القياس. ووجه القول الأول: أن المرأة إنما تزوجت على الـوطء، فإذا نزل به ما يمنعه من الوطء قبل أن يطأ، كان لها الخيار، إذا لم يتم لها ما نكحت عليه، وإذا نزل به ذلك بعد أن وطىء لم يفرق بينهما، إذ قد نالت منه ما نكحت عليه، ولا حجة لها في امتناع المعاودة، إذا لم يكن ذلك من قبله إرادة الإضـرار بها وبالله التوفيق.

من سماع

عبد المالك بن الحسن من عبد الرحمان بن القاسم قال:
وأخبرني عبد المالك بن الحسن أنه سمع ابن القاسم سئل عن الوصي يزوج يتيمته في حجره قبل أن تبلغ المحيض، قال: يفسخ النكاح إن كان لم يبن بها، وإن كان بنى بها وأصيب بها النكاح وتطاول ذلك عليها مضى، إلا أن تكون مسكينة لا قدر لها فيمضي النكاح وإن لم يدخل بها.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها موعباً في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم. فلا معنى لإعادته ها هنا.

مسألة

وسألت عن الرجل يزوج ابنته البكر، ولا ولد له غيرها، فيموت الأب، فتزعم الابنة أنها ليست ابنته، وإنما هي يتيمة، وتنتفي من الميراث، ولا بينة للزوج أنها هي بعينها، إلا سماعاً من الأب أن له ابنتا بكراً، فشا ذلك في الناس، ولا يُثبتها الشهود. هل يلزمها النكاح؟ وكيف إن كان لها إخوة غير عدول، فشهدوا أنها أختهم ما الأمر فيه وما يصنع بنصيبها من الميراث؟ وكيف إن قبلت

قولها ولم يلزمها النكاح إن زعمت بعد ذلك أنها ابنته. قال: لا يلتفت إلى قولها. وقول أبيها هو الذي يلزمها على ما أحبت أو كرهت في نكاحها وميراثها، ولحوق[٧٢] نسبها، وجميع أمورها.

قال محمد بن رشد: سحنون[٧٣] في النوادر فيمن أقام بينة على رجل أنه زوجه ابنته فلانة، لا يعلمون أن له ابنة غيرها، وهي بكر، فأنكرت الابنة، إن النكاح لا يلزمها، إلا أن تعرف البينة التي شهدت على النكاح عينها أو غيرهم فيلزمها، وقوله: حقيقة القياس. لأن النبي عليه السلام يقول: «البَيِّنَةُ عَلَى ٱلْمُدَّعِي وَٱلْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَرَ»[٧٤]. والزوج مدع على هذه الجارية أنها ابنة الرجل الذي زوجها، والجارية منكرة لذلك، فوجب أن يكون على الزوج إقامة البينة على ما يدعي. وهذا إذا مات الأب أو غاب، لأنه إن كان حاضراً فالقول قوله إنها ابنته، لأن استلحاقه لها جائز، ما لم يتبين كذبه. والصواب قول ابن القاسم، وإن لم يكن على حقيقة القياس، إذ قد يؤدي طرد القياس إلى غلو في الحكم، ويكون الاستحسان أولى منه. وقد كان ابن القاسم يقول: **ويروى عن مالك أنه قال: تسعة أعشار العلم الاستحسان.** فإذا أقر الرجل أن له ابنة بكراً وفشا ذلك من قوله وزوجها ومات وهي في حجابه، فلما طلبها الزوج بالنكاح أنكرت، وقالت لست ابنة له. وإنما أنا يتيمة في حجره، ولم يكن في حجره غيرها، فيشك فيها، ولا سمع أن ابنته التي تزوجها، وكان يقر بها[٧٥] سمع أنها ماتت ولا غابت، وجب أن تحمل على أنها هي ابنته التي زوجها، وكان يقر بها، فيلزم النكاح ويحكم عليها به، لأن الظن يغلب على صحة ذلك حتى يكاد أن يقطع عليه. والحكم بما يغلب عليه الظن فيما طريقه غلبة الظن أصل في الشرع. وقد روي عن القاضي أبي

(٧٢) حذفت كلمتا: ولحوق نسبها في ق ١.

(٧٣) في ق ١ لسحنون.

(٧٤) رواه البيهقي في السنن وابن عساكر عن ابن عمر كما ورد في الجامع الصغير.

(٧٥) في ق ١. ولا سمع.

بكر بن زرب أنه كان يقول في رجل هلك وأحاط بوراثته زوجه وبنوه منها فشهد الشهود أنهم يعرفون عين الزوجة، ولا يعرفون أعيان البنات، إن شهادتهم جائزة، واستدل على ذلك برواية عبد المالك هذه قال: ولو قال الشهود إنهم يعرفون أعيان البنات، ولا يعرفون عين المرأة لم تجز الشهادة، لأن البنات محمولات على الحجاب، ولذلك يعذر الشهود في ذلك، وتنفذ شهادتهم. والزوجات لسن محمولات على الحجاب كالبنات، ولذلك فرقت(٧٦) بينهما وليس قوله بصحيح، لا فرق في هذا بين الزوجات والبنات. والذي جرى به العمل ألا يكلف الحاكم الشهود على الموت والوراثة، الشهادة على أعيان الورثة ابتداء، لا الزوجة ولا غيرها، حتى يحتاج إلى الإعذار إليهم فيما يثبت عليهم أو على الميت الذي ورثوه، فحينئذ يكلف الشهود الشهادة على أعيانهم ليعذر إليهم فإن لم يثبتوا أعيانهم لم يصح له الحكم عليهم، إلا أن يثبت أعيانهم عنده بغيرهم، وكذلك إن ماتوا أو غابوا هذا الذي لا يصح سواه والله أعلم.

مسألة

قال: وسألت عبدالله بن وهب عن الرجل يبتلى بالجُذام ونسأل الله العافية، فترفع امرأته أمرها إلى السلطان، ويكون المبتلى حينئذ ليس بفاحش المنظر، غير أنه بيّنٌ به لا يشك فيه فهل لامرأته الخيار. إذا كان شيئاً لا شك فيه؟ فإنه بلغنا أنه لا يكون لها الخيار حتّى يكون من ذلك ما لا قرار عليه، وليس على شيء منه صبر ولا قرار إذا استيقن به. فما حد ذلك الذي إذا بلغه كان لامرأته الخيار واجباً؟ والمجنون الذي لا يفيق إذا كان يخاف أذاه، أو كان ممن لا يخاف ذلك منه. هل لامرأته الخيار أيضاً إذا أرادت فراقه؟ وإن كان ينفق عليها من ماله إذا كان الجذام بيّناً عند الناس لا شكّ فيه،

(٧٦) في ق ١ فرق.

فرق بينهما إذا طلبت الفرقة، وإن لم يكن مؤذياً ولا فاحشاً، لأنه يزيد، ولا تومن زيادته ولا نقصانه. وإن كان الأمر الخفي الذي شك فيه، وليس بيّناً يعرفه الناس انه جذام، لم يفرق بينهما، ولم يكن لها خيار. وأما المجنُون، فسواء كان معتوهاً مطبقاً مخبلاً، أو جنون أفاقه، يخنق فيه المرَّة بعد المرة، إذا كان يؤذي امـرأته في ذلك، ولا يعفيها من نفسه، ويخاف عليها منه، حيل بينه وبينها في الخوف، وضرب لها أجل سنة يتعالج فيها، وهو قول مـالك في السنة، ولا أعلمه إلا أنه قال: يحبس في حديد أو غيره، إذا لم يكن يؤمن عليها منه وينفق عليها من ماله، فإن برىء، وإلا كان لها الخيار إذا انقضت السنة. وذلك رأيي.

وأما إذا كان يعفيها من نفسه ولا يرهقها السوء في صحابته، ولا يخاف عليها منه ولا من ناحيته في خلوته، لم أر لها الخيار، ورأيتها امرأته بحالها. وقال أشهب ليس للجذام حد، إلا أنه إذا كان متفاحشاً لا يحتمل النظر إليه، وتغض الأبصار دونه. فأرى أن لها الخيار، وإن شاءت أقامت وإن شـاءت فارقت، فـإن شاءت الإقامة، ثمّ بدا لها كان ذلك لها. وأما الجنون الذي لا يفيق منه، فإن كان ممن يخاف أذاه ولو مرة أو مرتين في الشهر، فأرى لامرأته الخيار. وإن كان لا يخاف أذاه فلا خيار لها.

قال محمد بن رشد: في قول ابن وهب في الجذام: انه يزيد ولا يؤمن زيادته ولا انتقاصه، دليل على أنها إن رضيت بالمقام معه ثمّ أرادت بعد ذلك القيام عليه، لم يكن ذلك لها. وإن زاد جذامه على ما كان حين رضيت بالمقام معه خلاف ما مضى في رسم الجواب قبل هذا. وتفرقته في المجنون بين أن يعفي امرأته من نفسه أو لا يعفيها، خلاف ما مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى. وقول أشهب في الجذام إنه لا يكون للمرأة الخيار إلا إذا كان

فاحشاً تُغَض الأبصار دونه، معناه: إذا كان حادثاً بعد العقد. وقوله: إذا رضيت بالإقامة ثم بدًا لها، كان ذلك لها. ظاهره وإن لم يزد خلاف ما مضى في رسم الجواب من سماع عيسى قبل هذا. وخلاف قول ابن وهب هنا فهو قول تافه في المسألة. وقد مضى تمام القول على هذه المسألة موعباً في رسم نقدها من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته.

مسألة

قال عبدالله بن وهب: إذا أسلم النصراني وهو غائب، وامرأته نصرانية فأسلمت بعده، ثم نكحت، ولا علم لها بإسلام زوجها، وقالت البينة إن إسلامه كان قبل إسلامها، فإنه إن أدركها قبل أن يبتني بها زوجها فالأول أحق بها. وإن لم يدركها إلا بعد البناء فلا سبيل له إليها. قال مالك: إن كان إسلام المرأة قبل إسلام زوجها وهو غائب فانقضت عدتها ثمّ نكحت، فقدم زوجها فلا سبيل له إليها بعد انقضاء عدتها نكحت أو لم تنكح.

قال محمد بن رشد: إذا أسلمت النصرانية قبل إسلام زوجها فإسلامها يوجب الفرقة بينها، إلا أن السنة قد أحكمت[77] أنه يكون أحق بها إن أسلم في عدتها، واختُلف إن لم تعلم بإسلامه في عدتها حتّى تزوجت. فقيل: إنه لا سبيل له إليها إذا تزوجت. وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه في **المبسوطة** وقيل وهو أحق بها. وإن تزوجت ما لم يدخل بها الزوج وهو قول مالك في **المدونة** وغيرها وقول ابن وهب ها هنا.

ونظير هذه المسألة الرجل يطلق امرأته ثمّ يراجعها فتعلم بالطلاق ولا تعلم بالرجعة فتتزوج بعد انقضاء العدة ثمّ يعلم أنه قد كان راجعها في العدة، والمفقود تتربص امرأته أربع سنين بأمر السلطان ثمّ تعتد وتتزوج فيقدم زوجها، أو تعلم حياته. فقيل: إنها يفوتان جميعاً بالعقد، وقيل: إنها لا

(٧٧) في ق ١ حكمت.

يفوتان إلا بالدخول. اختلف في ذلك قول مالك، واختلفت فيه الرواية أيضاً عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه. واختلف أيضاً إذا كان إسلامه قبل إسلامها فلم يعلم بذلك حتى تزوجت. فقال ابن وهب ها هنا. ومثله في الشفعة من المدونة: إنه أحق بها ما لم يدخل بها الزوج الثاني الذي تزوجها بمنزلة إذا كان إسلامه في عدتها. وقال ابن الماجشون: إنه أحق بها أبداً، وإن دخل الزوج فيفسخ النكاح وترد إليه بعد الاستبراء واختاره محمد بن المواز. وهو الصواب، لأنها نصرانية تحت مسلم، فلم تَجب عليها عدة. وسواء دخل بها الأول أو لم يدخل. فالاختلاف إذا أسلم قبلها، إنما هو هل تفوت بالدخول أو لا تفوت به؟ ولا اختلاف في أنها لا تفوت بالعقد، والاختلاف إذا أسلم في عدتها إنما هو هل تفوت بالعقد أو لا تفوت به؟ ولا اختلاف في أنها تفوت بالدخول. فهذا تحصيل الاختلاف في هذه المسألة.

وقوله في آخرها في التي أسلمت قبل زوجها وهو غائب إنه إن قدم فلا سبيل له إليها بعد انقضاء عدتها نكحت أو لم تنكح، كلام فيه تقديم وتأخير وحذف. ومعناه: إن قدم بعد انقضاء عدتها فأسلم، فلا سبيل له إليها نكحت، أو لم تنكح. وبالله تعالى التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن الصبية الصغيرة التي لم تبلغ المحيض، ومثلها يوطأ، زوَّجها أبوها رجلاً فدخل بها ووطئها ثم طلقها قبل أن تبلغ المحيض، إلا أنه افتضها. هل يجوز عفو الأب عما بقي عليه من الصداق؟ قال: لا أرى عفو الأب جائزاً ولا أرى عفوها هي جائزاً. لأنه يولى عليها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه إذا دخل بها الزوج وافتضها فقد وجب لها جميع صداقها بالمسيس، وليس للأب أن يضع حقاً قد وجب لها، إلا في الموضع الذي أذن الله له فيه، وهو قبل المسيس. لقول الله عزّ

وجل: ﴿ وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنّ ﴾(٧٨) الآية وهو عند مالك الأب في ابنته البكر، والسيد في أمته. وأن يكون ذلك منه على وجه النظر، رجاء استدامة العصمة عند ابن القاسم وهذا لا وجه فيه للنظر إذ قد وقع الطلاق، فوجب ألا يجوز وضعه حقها باتفاق وبالله التوفيق.

مسألة

قالت: وسألت ابن وهب عن الذي تنكح إليه ابنته، فيقول الناكح ماذا لابنتك؟ فيقول لها كذا وكذا لأشياء يسميها، فيرجع الناكح في صداقها للذي قال الأب وسما، ثمّ يوجد الأمر على غير ما قال وسما، فقال: إذا عُثر على هذا قبل الدخول، قيل للزوج: إن شئت فأقم على هذا، وإن شئت ففارق ولا شيء عليك من الصداق، لا قليل ولا كثير، وإن لم يعثر على هذا إلا بعد الدخول ردت إلى صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: قوله: وإن لم يُعثر على هذا إلا بعد الدخول، ردت إلى صداق مثلها، يريد أنه يرجع بالزائد عليها، لا على الولي، فيؤخذ ذلك من صداقها إن كان قائماً، وإن كان قد تلف أخذ من مالها واتبعت به ديناً إن لم يكن لها مال، خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب، من أنه يرجع بذلك على الولي الذي غرّه، إلا أن تكون ثيباً، وقد علمت بكذب وليها فتقدمت على معرفة ذلك، فيرجع عليها إن كان لها مال، وإلا رجع على الولي. وقد قيل إنه لا كلام للزوج في ذلك، لأنه فرط، إذ لم يتجسسْ ويتثبت لنفسه، وهو قول أصبغ في الخمسة ورواية يحيى عن ابن القاسم في العشرة. ووقعت أيضاً في رسم الكبش في بعض الروايات. وذلك إذا وصفها الولي بذلك من غير شرط. وأما إذا تزوجها على أن لها من المال كذا وكذا لما ليس لها، فيكون للزوج إن علم بذلك قبل الدخول أن يردها، ولا يكون عليه شيء من

(٧٨) البقرة: ٢٣٧.

الصداق. وإن لم يعلم بذلك حتّى دخل ومسّ كان لها الصداق بالمسيس، ورجع هو على من غره وزوجه على ذلك من الأولياء إلا أن تكون هي التي غرته دون الولي، فيرجع عليها بما أصدقها، ويترك لها منه قدر ما يستحل به فرجها. هذا قول مالك وأصحابه، إلا محمد بن المواز فإنه ذهب إلى أن الولي إذا زوج وليته بشرط أن لها من المال ما ليس لها، فإنما ترجع على من شرط له ذلك، وغره بما زاد من المهر على صداق مثلها إن هو خلى سبيلها ولم يرض بها، وهو بعيد. وقد مضى هذا كله في رسم يوصي من سماع عيسى. فإن سمّا لها الولي شيئاً من ماله عرْضاً كان أو أصلاً عند النكاح، بشرط أو بغير شرط، فقال لها: داري الفلانية، أو عبدي فلان، كان ذلك لها نحلة لا تفتقر لحيازة. وقيل إنها تفتقر إليها اختلف في ذلك قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه الواقعة في بعض روايات **العتبية**. وأما إن قال لها الدار الفلانية أو المملوك المسمى بفلان، فقيل إن ذلك نحلة، بمنزلة إذا قال لها: داري الفلانية أو عبدي فلان، وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه. وإليه ذهب ابن حبيب. وقيل إنه لا يجب لها بهذا القول شيء من ذلك وهو قول أصبغ في الخمسة. وإذا لم يجب ذلك لها، فقد مضى الاختلاف فيما للزوج في ذلك من الحق في الشرط وغير الشرط. واختلف إذا سماها دنانير أو دراهم أو طعاماً أو عُروضاً موصوفة، فقال لها كذا وكذا، أو سكت، أو قال في مالي، أو عندي، أو علي، أو قبلي على ثلاثة أقوال: **أحدها** أنه لا يلزمه من ذلك شيء إذا كان ذلك منه على وجه التزيين لوليته إلا أن يرى أنه أراد بذلك(٧٩) وهو قول أصبغ **والثاني** إنه قال في مالي أو عندي أو علي أو قبلي لزمه ذلك نحلة لا تفتقر إلى حيازة، يؤخذ بذلك عاش أو مات، وإن لم يقل إلا لها كذا وكذا وسكت لم يلزمه، إلا أن يكون أباً أو وصياً، وهو قول ابن حبيب. **والثالث** أنه قال لها في ماله، كان ذلك في ماله إن كان له مال، وإن لم يكن له لم يتبع بذلك. وإن قال لها عندي فهي عدة لا يلزمه إخراج ذلك، إلا أن يتطوع

---

(٧٩) بياض بالأصل. وفي ق ١ العطية والإهابة.

به، كان له مال أو لمْ يكن. وإن قال لها علي أو قبلي فهو لازم له في ماله إن كان له مال ودين يتبع به في ذمته إن لم يكن له مال. وإن قال لها كذا وكذا ولم يزد على ذلك لم يلزمه شيء. وهو قول ابن القاسم في رواية يحيى عنه وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن نكاح الشغار، إذا لم يعلم به إلا بعد البنا، قال: إن علم به قبل البنا فسخ، ولم يكن لها من الصداق شيء، وإن لم يعلم به إلا بعد البنا، فسخ أيضاً وكان لها صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: قوله إنه يفسخ قبل البناء وبعده، ويكون فيه صداق المثل، إن فسخ بعد الدخول، هو مثل ما في **المدونة** في نكاح الشغار، ومعناه إذا لم يكن معه تسمية صداق. وقد قيل إنه لا يفسخ بعد الدخول، وهي رواية علي بن زياد عن مالك. واختلف في وجه فسخه بعد الدخول، قيل لمطابقة النهي له على القول بأن النهي يقتضي فساد المنهي عنه وقيل لأنه نكاح فسد لعقده، إذ لا ينفرد البضع عن الصداق، لأن كل واحد من البضعين بإزاء صاحبه، فإذا بطل الصداق، بطل العقد، بخلاف الصداق الفاسد الذي هو بائن عن البضع، فإذا بطل الصداق، لم يبطل ببطلانه العقد. وقد قيل إن فسخه بعد الدخول على القول بأن النكاح إذا وقع بخمر أو خنزير، أو بغير صداق يفسخ قبل الدخول وبعده، ووجه رواية علي بن زياد قياسه على ما فسد لصداقه، إذ لا يكون البضع صداقاً. وقد قيل: إنما اختلف قول مالك في فسخه بعد الدخول، لاختلاف الناس في تأويل الشغار، إذ ليس نص في الحديث لأن المروي عن النبي ﷺ إنما هو أنه نهى عن الشغار[٨٠] وما في الحديث تفسير[٨١] من نافع، وأما إذا سُمِّي مع نكاح

(٨٠) روى الإمام البخاري في صحيحه [كتاب النكاح: باب الشغار] عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما [نَهى ﷺ عَنِ الشِّغَارِ. والشغارُ أنْ يُزَوِّجَ الرَّجُل ابنتَهُ، عَلى أن يُزَوجهُ الآخَرُ ابنتَهُ ليسَ بينهُما صَداق].

(٨١) صرح البخاري في [كتاب الحيل] أن تفسير الشغار هو من قول نافع. يعني الذي =

الشغار صداق لم يختلف قول مالك، في أنه لا يفسخ بعد الدخول، واختلف هل يكون فيه صداق المثل بالغاً ما بلغ؟ أو الأكثر؟ من صداق المثل أو المسمى؟ وذهب ابن لبابة إلى أنهما إذا دخلا على كل واحد منهما، الأكثر من صداق المثل أو المسمّى وإذا دخل أحدهما ولم يدخل الآخر ففسخ نكاح الذي لم يدخل منهما كان على الذي دخل صداق المثل، كان أقل من المسمى أو أكثر، لأنه يقول: إن كان صداق مثلها أقل من التسمية. إنما زدت على صداق مثلها ليزوج وليتي وليخلو ذراعي منها، فإذا فسخ نكاحها فلا أعطيها إلا صداق مثلها، وكذلك إن سميا في إحداهما صداقاً لم يسميا في الآخر، فدخلا، لأن التي لم يسم لها صداقاً يفسخ نكاحها بعد الدخول. وحمل ما في **المدونة** على هذا وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن المسلم هل يعقد نكاح ابنته النصرانية؟ قال: يعقد نكاحها إذا زوجها مسلماً، وإن أراد نكاحها نصراني لم يَلِ عقد نكاحها، وكان ذلك إلى أهل دينها، ليس لأبيها من ولايتها شيء لقول الله تبارك وتعالى: ﴿مَا لَكُمْ مِنْ وَلَايَتِهِمْ مِنْ شَيْءٍ﴾(٨٢).

قال محمد بن رشد: هذا كما قال: إنه إذا أراد نكاحها نصراني، فلا ينبغي له أن يلي عقد نكاحها، إذ لا حظَّ فيه لمسلم. وقد أجاز ابن حبيب أن يزوجها من نصراني إذا لم تكن من نساء الجزية. وهذا أصح والله أعلم. وأما تزويجه إياها من مسلم فقد مضى القول عليها موعباً في رسم الشجرة تطعم بَطْنَيْن في السنة من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

من سماع

من سماع أصبغ من ابن القاسم من كتاب القضاء العاشر:

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في المعتقة إلى أجلٍ: إن لسيدها

= روى عنه ابن عمر.

(٨٢) الأنفال: ٧٢.

أن يزوجها. قال: قال مالك: ويأخذ مال المعتقة إلى سنة إلا أن يقرب عتقها قال ابن القاسم: وكذلك النكاح، إلا أن يقرب عتقها، مثل أخذ المال سواء قيل لابن القاسم: فمرض السيد قبل عتقها بسنة، أيأخذ مالها؟ قال: لا لأنه يأخذه لغيره، وليس للورثة أن يأخذوه بعده. قيل[٨٣] لأصبغ: فللورثة أن يزوجوها بعده، فقال: لا، كما لا ينتزعون المال بعده، كذلك لا يزوجون، وقد خرج موضع الانتزاع والتزويج بمرضه الذي يسقط ذلك عنه فهو لا يرجع لورثته.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما تقدم في رسم الأقضية من سماع يحيى، أن تزويج الأمة تابع لانتزاع مالها. وقد قيل إنه تابع لجواز وطئها وهو قول مالك في إحدى روايتي أشهب عنه. والقياس أن للسيد انتزاع مال معتقه إلى أجل وإن مرض، إذا كان الأجل بعيداً، وأن ورثته ينزلون بمنزلته في ذلك ما لم يقرب الأجل، وهو قول مالك في رواية مطرف عنه. وقول ابن عبد الحكم وأصبغ، واختيار ابن حبيب. واختلف في حد جواز ذلك، فقيل: الأشهُر وهو قول مالك، وقيل الشهر. وهو قول أصبغ، ولا اختلاف في المدبَّر وأم الولد إن السيد لا ينتزع أموالها إذا مرض، لأن المرض فيها كقرب الأجل في المعتق إلى أجل[٨٤].

مسألة

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم. وسئل عن رجل أهدى لامرأته أملك[٨٥] بها هدية ثمّ طلقها قبل الدخول. أو وجد النكاح مفسوخاً. قال: أما الطلاق، فلا شيء له فيها. وإن أدركها بعينها. قيل له: فلم يجد ما ينفق عليها، ففرق بينهما. قال: هذا وما أشبهه

(٨٣) في ق ١ قلت.
(٨٤) في ق ١ وبالله التوفيق.
(٨٥) في ق ١ ملك؟

طلاق، حتّى يكون نكاحاً حراماً لا يقر[٨٦] عليه، أو إنكاحاً مفسوخاً يفسخ إذا لم يدخل. وإن كان مما يثبت إذا دخل[٨٧] فإن هذا إذا كان وعلم فرق بينهما، فإنه إن أدرك هديته بعينيها فهو أملك بها وهي له كلها، لأنه أعطى حين أعطى وهو يرى أنها امرأته، فإذا هي ليست بامرأته، لأنه نكاح لا يقرّان عليه. وإن كانت قد فاتت، فلا شيء له عليها، بمنزلة من تصدق عليه بصدقة فأثاب عليها ثواباً وهو يرى أن الثواب يلزمه في الصدقات، ثم علم فطلب، فإنه إن أدرك ثوابه أخذه، وإن فات فلا شيء له عليه. قال: ولو أثابه حين أثابه وهو يعلم أن ذلك لا يلزمه، لم يكن له أن يرجع فيه، وإن أدركه بعينه.

قلت: أرأيت إن كان النكاح مفسوخاً وأدرك هديته بعينها، إلا أنها قد نقصت قال: فلا شيء له غيرها يأخذها منقوصة. قيل له: فإن كانت قد زادت ونمت، قال: لا أرى له زيادتها ولا أرى له إلا القيمة يوم أعطاها. والقياس أنها له بنمائها، وإن كانت قد زادت، ولكن القيمة في هذا عندي أعدل. قال أصبغ: وإن دخل بها في النكاح المفسوخ فلا شيء له أيضاً وإن أدركها بعينها، لأن النكاح الذي أهدا عليه وأعطا قدتم له بالدخول، وإنما الجواب على أنه فسخ قبل البناء بعد العطا. ولو كان العطا بعد الدخول ثمّ فسخ، رأيت ذلك له، لأنه أعطى على الثبات والقناعة وإكمال لنكاحه. والعشرة بينهما فيه، فلم يقر عليه. وذلك إذا كان الفسخ فيه بحدثان العطية، فأما إن كان زمان ذلك قد طال جداً السنتين أو السنين قبل الفسخ ثمّ فسخ، فلا أرى له فيه شيئاً، وأن أدركه بعينيه، مثل الخادم

(٨٦) سقط من ق ١ منقوله: لا يقر إلى قوله: أو إنكاحاً.

(٨٧) في ق ١ وإن كان ممّا يثبت إذا دخل جاز هذا إذا كان الخ.

يدركها، أو المنزل بعينيه، لأن الذي أعطى له قد رسخ(٨٨) له حين استمتع منه واستمتع بعطيته، فالفسخ فيه كطلاق حادث منه ها هنا، وهو رأيي ولم أسمع فيه بشيء(٨٩).

قال محمد بن رشد: أما الذي أهدى لامرأته هدية قبل البناء، ثمّ طلقها قبل البناء أو بعده، فبيّنٌ أنه لا رجوع له في هديته، وإن كانت قائمة لا تنطلق(٩٠) باختياره ولو شاء لم يفعل فلا شيء له فيما أعطى. وأما الذي يجد ما ينفق عليها ففرق بينهما. فقوله: إنه لا رجوع له فيما أهدى كالطلاق، هو على أصله في أن ذلك طلاق، يجب للمرأة فيه نصف صداق. وعلى قول ابن نافع الذي لا يرى للمرأة في ذلك شيئاً من الصداق، يرى الطلاق عليه بعدم النفقة أو الصداق، كالفرقة بينهما بالجنون والجذام، يكون له أن يرجع في هديته إن كانت قائمة. وقد مضى الفرقُ بين المسألتين في سماع سحنون. وأما إذا أُلفَى النكاح مفسوخاً. ففرق بينهما قبل البناء، فقال: إنه يرجع في هديته إن كانت قائمة، لأن السبب الذي أهدى عليه لما بطل، وجب أن تبطل الهدية ببطلانه، كمسألة **نوازل سحنون** من كتاب جامع البيوع في الذي يضَع من ثمن سلعة باعها بسبب ما كان خشي المبتاع من تلفها أو الوضيعة فيها فيسلم من ذلك، أن له الرجوع فيما وضع. ومسألة يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق، في الذي يؤخر بالحق لسبب. فلا يتم ذلك السبب. وقد قال ابن القاسم في **الدمياطية** إنه لا يرجع بها. ولو كان النكاح صحيحاً فوجد بالمرأة عيباً يجب له به ردها، فردها قبل الدخول، لكان له أن يرجع في هديته، على ما في كتاب الصرف من **المدونة**. في الذي يبيع من الرجل السلعة فيهبها له هبة من أجل ما باع منه السلعة، ثم يجد بالسلعة عيباً، إنه يرجع بالثمن والهبة، خلاف قول سحنون: إنه لا يرجع بالهبة. وقوله على أن الرد

(٨٨) في ق ١ حصل بدل رسخ.

(٨٩) في ق ١ شيئاً.

(٩٠) في ق ١ لأنه طلق باختياره.

بالعيب نقص بيع. وأما مسألة الثواب في الصدقة التي نَظَّرَها بها فلا تشبهها، لأن المعنى فيها أنه أعطى ما ظن أنه واجب عليه، ثم علم أنه غير واجب عليه. وقد اختلف في ذلك أيضاً. ولها نظائر كثيرة في **المدونة** و**العتبية** ومنها مسألة الذي ينفق على المطلقة وهو يظن أنها حاملاً[٩١]، أو على زوجته ويظن أن النكاح صحيح ثابت. وقد فرق ابن القاسم بين الوجهين في **الدمياطية** فقال في الرجل يتزوج المرأة ويهدي هدية الملاك، ثمّ يسأله أهلها أن يدخل بها، أو ينفق عليها، فينفق عليها ثمّ يوجد النكاح مفسوخاً، إنه لا يرجع عليها بهدية الملاك، ويرجع عليها .بالنفقة، ولمراعاة هذا القول استحسن في الرواية إذا تمت أن تكون له القيمة، ولا يأخذها بنمائها، لأن القياس على ما قال أن يكون له النما، كما يكون عليه النقصان، ولا اختلاف إذا فسخ النكاح بعد الدخول في أنه لا شيء له في الهدية، وإن كانت قائمة، إلا أن تكون الهدية بعد الدخول والفسخ بحدثان ذلك، على ما قال. وهذا كله في الهدية التي يتطوع بها الزوج من غير شرط، ولا جرا بها عرف. فأما الهدية المشترطة فحكمها حكم الصداق في جميع الأحوال، وأما الهدية التي جرا بها عرف فأجراها ابن حبيب على القول بوجوب القضا بها، مجرى الصداق يرجع بنصفها في الطلاق، فعلى قوله: إن طلق قبل أن يدفعها يلزمه نصفها. وأبطلها مالك ـ رحمه الله ـ عن الزوج في الموت والطلاق. وقد تكلمنا على وجه قوله في رسم مساجد القبائل، من سماع ابن القاسم. فعلى قياس قوله: إن طلق بعد أن دفعها، لم يرجع بشيء منها، وعلى القول بأنه لا يحكم بها، حكمها حكم التي يتطوع بها من غير شرط. وقد مضى القول في ذلك والله الموفق للصواب.

مسألة

وسمعته وسئل عن الرجل يزوج ابنته ويقر بقبض صداقها وهي بكر في حجره وقد استهلكه فقال: هو ضامن له أيضاً. قيل

(٩١) كذا.

له: فقال: قد دفعته إليها. قال: فإن كان دفعه إليها عيناً فهو يضمنه، لأن الأبكار ليس يدفع إليهنّ الدنانير، إنما يجهزن. قيل: فدخلت على زوجها فزعم أنه جهزها بكذا وكذا ودفعه إليها وأنكرت ذلك، قال: تحلف وتبرأ قال أصبغ: وذلك ما لم يكن التناكر مع الدخول بما يتبين فيه كذبه بدخولها بغير شيء.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في أصل السماع عقب مسألة الرجل يتزوج البكر فيدفع صداقها إلى أبيها ببينة فيستهلكه ولا مال له. وجوابه فيها أن الأب ضامن للصداق، ويدخل الزوج بامرأته ولا شيء عليه، ولذلك قال في هذه المسألة: هو ضامن له أيضاً، يريد ويدخل الزوج بزوجته، ولا شيء عليه، فساوى بين أن يكون للزوج بينة على دفع الصداق، أو لا تكون له بينة على ذلك إذا أقرَّ الأب بالقبض، مثل قوله في آخر السماع خلاف قول ابن وهب وأشهب[٩٢] قبل ذلك في تفرقتهما بين ذلك في دعوى الضياع. والذي يأتي على قولهما في هذه المسألة ألا يكون للزوج سبيل إلى الدخول بامرأته، حتّى يدفع الصداق إليها، فيدفعه إليها، ويتبع به الأب المقرّ في ذمته. وقوله: إن الأبكار ليس يُدفع إليهن الدنانير، إنما يجهزن صحيح. والأصل في ذلك قول الله عزّ وجل: ﴿ ولاَ تُوتُوا السُّفَهَاء أَمْوَالَكُم الَّتِي جَعَلَ الله لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فيها واكسُوهُم ﴾[٩٣] فنهى أن تدفع إليهم أموالهم ليلا يفسدوها ويبذروها، وأمر أن يُرزقوا ويُكسَوْا منها، فوجب أن يدفع إليهم ما يحتاجون إليه من نفقتهم وكسوتهم وكذلك ما تحتاج إليه المرأة من جهازها إلى زوجها[٩٤]. وأحب أن يدفع إليها وإن كانت مولى عليها. وإنما وجب أن يكون القول قول الأب في أنه جهز ابنته البكر، إلى زوجها، بما قبض من صداقها، وإن كان مدعياً في ذلك، لأنه على ذلك قبضه منه، والعرف يشهد له به. وإنما وجبت عليه اليمين، لما تعلق في ذلك من حق الزوج.

(٩٢) في ق ١ زيادة وابن نافع.

(٩٣) النساء: ٥

(٩٤) سقطت كلمتا إلى زوجها من ق ١.

والذي يسقط عنه اليمين، إحضار البينة، وإبراز الجهاز، وإقامته وإرساله بمحضر البينة. وإن لم تبلغ البينة مع الجهاز بيت ابنته. قال ذلك ابن حبيب في **الواضحة**. ولو ادعا الأب أنه جهز ابنته إلى زوجها بما لها قبله من ميراث أمها أو غير ذلك، وأنكرت، لَمّا كان القول قوله في ذلك، ولكلف إقامة البينة على إيراد الجهاز بيتها. لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾(٩٥).

ومن كتاب الكراء والأقضية

قال: وسمعت أصبغ يُسأل عن الرجل تشترط عليه امرأته في كتاب صداقها ألا يُسيء إليها، فإن فعل فأَمْرُها بيدها، فإن تزوج عليها أو تسرر عليها. هل ترى هذا من الإساءة؟ فقال أصبغ: لا أراهُ من الإساءة، إلا أن يكون ذلك وجه ما يشترطون، ويأخذون عندهم بظاهر معروف عندهم، ان الإساءة في هذا الشرط النكاح وشبهه، وإلا فلا. قيل له: فإن ضربها ضرباً مُبرحاً أو غير مبرح، أتراه من الإساءة؟ فقال: إن ضربها في أمر تستأهله على وجه الأدب بالأمر الخفيف، فلا أراه من الإساءة، ولو كان على غير ذلك ضربها مراراً، رأيتها إساءة، أو جاء من ذلك أمر مفرط وإن كان غير مرار.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال في النكاح والتسرّر: لأن الله تعالى أذن في ذلك وأباحه بقوله عزّ وجلّ: ﴿ **فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُم مِن النّساء مَثْنَى وثُلاثَ وَرُبَاع** ﴾(٩٦) وقوله: ﴿ **والَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إلاَّ على أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَت ايمَانُهُمْ** ﴾(٩٧) ومن فعل ما أباحه الله تعالى له فليس بمسيء، ولا حجة للمرأة عليه في ذلك بشرطها، إلا أن يعلم أنهما(٩٨) قصدا

(٩٥) النساء: ٦.

(٩٦) النساء: ٣.

(٩٧) المؤمنون: ٥ ـ ٦.

(٩٨) في ق ١ إلا أن يعلم أنه قصد ذلك وأراده.

ذلك وأراداه بسبب يدل على ذلك أو بساط. قال في الضرب الخفيف على وجه الأدب في أمر تستأهل عليه الأدب ، إن ذلك ليس من الإساءة، لأن الله أذن للأزواج في ضرب أزواجهم بقوله: ﴿واللَّاتِي تَخَافُونَ نُشُوزَهُنَّ فَعِظُوهُنَّ وَاهْجُرُوهُنَّ فِي الْمَضَاجِعِ وَاضْرِبُوهُنَّ﴾(٩٩) وهذا إذا علم السبب الذي أدبها عليه ببينة أو أقرت به. وأما إن لم يعلم ذلك وأنكرته فلا يصدق الزوج عليه، ويكون لها الأخذ بشرطها بعد يمينها إنه ضربها على غير سبب استوجبت عليه الأدب، إلا أن يكون الرجل من الموثوق به في دينه وفضله وأمانته فيصدق في ذلك، وأما الضرب المفرط فهو من الإساءة، وكذلك إن ضربها مراراً وإن لم يكن ضرباً مفرطاً، فيحمل ذلك من فعله على الإساءة، إلا إن تبين أنه إنما ضربها على أمر تستأهل الضرب وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم وسئل عن التي تغر من نفسها بأنها حرة، وهي أمة، فتنكح وتلد، ثمّ تُستحق فيدعي الناكحُ أنه ظنّ أنها حرّة، أيصدق ويكون القول قوله؟ قال: نعم. وقاله أصبغ وهو على ذلك أبداً وعلى ما ادعى، ولا يكلف البينة أنه نكح على ذلك ولم يعلمه، حتّى يأتي خلافه. والسيد ها هنا مدع فعليه البينة أنه أعلمه. وقال أصبغ: ويقوم الولد على الأب يوم يحكم عليه فيهم(١٠٠). قيل له: فما مات منهم قبل ذلك؟ قال: ليس فيهم(١٠١) شيء وليس لسيد أمهم فيهم شيء قيل له فما قتل منهم فأخذ الأب ديتهم؟ قال يكون عليه قيمته، وتكون له الدية، إلا أن تكون القيمة أكثر مما أخذ من الدية، فلا يكون عليه غير ذلك.

(٩٩) النساء: ٣٤.

(١٠٠) في ق ١ فيه.

(١٠١) في ق ١ ليس ذلك.

وقاله أصبغ: ولو أقر الأب أنه نكح على معرفة أنها أمة، والفاشي غير ذلك من أمرها أو أمر الأمة أنها غرت وادّعت أنها حرة، والنكاح كان على ذلك بالسماع والمأخذ أو السبب أو الشك، لم يصدق الأب، لأنه يدفع عن نفسه الغرم ويريد ارقاق الولد وهم أحرار. قال أصبغ: ولو قتلوا فأخذ الأب الدية فاستهلكها، ثمّ جاء السيد وهو عديم، ثمّ اتبعه بالقيمة، لم يكن له على غارم الدية اتباع، لأن الأب أخذها بوجه ما يجوز وبحكم(١٠٢) حكم له به يوم أخذها وهذا رأيي.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يتزوج المرأة، فتُستحق، فيدعي أنه لم يعلم أنها أمة، وأنه ظنّ أنها حرّة، إن القول قوله، وإن السيد مدع عليه إن ادعى عليه أنه علم أنها أمة صحيح بيّن، لأن نكاحه إياها بإذنها ورضاها شاهد على أنه إنما تزوجها على أنها حرة، زوَّجها منه رجل ادعا أنه وليها أو سيدها، لأن السيد(١٠٣) لا يستأمِر أمته في النكاح، إذ له أن يكرهها على ذلك. وقول أصبغ: إن الأب لا يصدق أن امرأته علم أنها أمة، إذا كان الظاهر من أمره أنه تزوجها على أنها حرة صحيح، إذ ليس فداء ولده منها بقيمتهم حقاً له، إن شاء أن يتركه تركه، وإنما هو حق عليه في مذهب مالك وجميع أصحابه وعامة العلماء، فيتهم على أن يسقط ذلك عن نفسه بإقراره. وقد كان القياس أن يكون الولد رقيقاً لسيّد الأمة. لإجماعهم على أن كل أمة تلد من غير سيدها، فولدها بمنزلتها، إلا أنهم تركوا القياس في هذا لإجماع الصحابة على أنهم أحرار وعلى أن على الأب قيمتهم، حاشا أبو ثور، وداود، فإنهما قالا الأولاد رقيق على مقتضى القياس. وقوله: إن القيمة فيهم على الأب يوم الحكم وأنه لا شيء عليه فيمن مات منهم قبل ذلك. وهو قول مالك في المدونة وجميع أصحابه، حاشا المغيرة، وأشهب فإنهما أوجبا على الأب

---

(١٠٢) في ق ١ ويحكم له به.

(١٠٣) حذفت جملة: لأن السيد لا يستأمر أمته في النكاح من ق ١.

قيمتهم يوم ولدوا فلا تسقط القيمة عندهما بموت من مات منهم قبل الحكم والله أعلم. وقد مضى في سماع سحنون الحكم في غرور الزوج(١٠٤) ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

تم كتاب النكاح الرابع

(١٠٤) في ق ١ زيادة: امرأته بالحرية.

كتاب النكاح الخامس [1]

(١) حذف هذا العنوان من ق ١.

ومن كتاب النكاح

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم، وسئل أيكلم الرجل امرأته وهو يطأها؟ قال: نعم ويعيد بها لا بأس بذلك إجازة منه. قال أصبغ: قال ابن القاسم: حدثنا الدراوردي عن من حدثه عن القاسم بن محمد بن أبي بكر الصديق، أنه سئل عن التخير عند ذلك، فقال: إذا خلوتم فاصنعوا ما شئتم، فسئل أصبغ: أينظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء؟ قال: نعم، لا بأس بذلك، قيل له: إن قوماً يذكرون كراهيته، فقال: من كرهه، إنما كرهه بالطب، لا بالعلم، لا بأس به وليس بمكروه.

قال محمد بن رشد: في أصل السماع عند السؤال عن نظر الرجل إلى فرج امرأته عند الوطء، قال: نعم، ويلحسه بلسانه. فطرح العتبي بلفظه ويلحسه، لأنه استقبحه. وفي كتاب ابن المواز ويلحسه بلسانه وهو أقبح، إلا أن العلماء يستجيزون مثل هذا إرادة البيان، وليلا يحرم ما ليس بحرام، فإن كثيراً من العوام يعتقدون أنه لا يجوز للرجل أن ينظر إلى فرج امرأته في حال من الأحوال. وقد سألني عن ذلك بعضهم فاستغرب أن يكون ذلك جائزاً وكذلك تكليم الرجل امرأته عند الوطء، لا إشكال في جوازه ولا وجه لكراهيته. وأما الخبر عند ذلك فقبيح ليس من أفعال الناس، وترخيص ابن

القاسم في ذلك لمن سأله عنه على معنى أن ذلك ليس بحرام والله أعلم.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في السفيه يتزوج بمائة دينار، فيفرق وليه بينهما، وقد دخل بها إنه ينزع منها ما أعطاها ويترك لها قدر ما تستحل به. قال أصبغ: وذلك ربع دينار في قولهم أدنى ما يتزوج به إذا كانت دنية. وأما من لها قدر فإن ابن القاسم قال: لها فيها في المسألة بعينها، لم يحد لنا مالك في ذلك حدّاً، إلا أني أرى في مثل هذا على قدر الاجتهاد من حالها وقدرها وموضعها. وقاله أصبغ، وتقاضى بما يدل على نحو ذلك مما هو دون صداق مثلها، وما لا يبلغه ولا يقاربه، فيكون صداقاً تاماً ولا مذهب صداق ثم تام.

قال محمد بن رشد: قال ابن القاسم: في ذات القدر إنه يترك لها من صداقها على قدر الاجتهاد في حالها وموضعها ولم يحد في ذلك حدّاً وله في **المدنية** أنه يترك لها من المائة ثلاثة دنانير، وأربعة، ونحو ذلك. وقال ابن نافع: يترك لها من المائة عشرة دنانير. ولابن الماجشون في **الواضحة** إنه لا يترك لها منه قليلاً ولا كثيراً، وهو القياس، وما عداه استحسان. وأما السفيهة تتزوج بغير إذن وليها، فيفرق بينهما بعد الدخول فإن لها جميع صداقها، لا يرد وليها منه شيئاً. وروى ذلك عيسى عن ابن القاسم في **المدنية**(٢). وقال ابن دينار إنه يترك لها قدر ما استحل منها وهو الأظهر لأنها غارة.

مسألة

قال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن نصراني، أيعقد نكاح ابنته وأخته أو وليته النصرانية لمسلم؟ فقال: نعم. وهو أولى بذلك من

(٢) في ق ١ المدونة.

غيره، وما له لا يعقده؟ وقاله أصبغ. ومثل ذلك إنكاح حكامهم وأساقفتهم إياهم وعقدهم للمسلمين. فذلك الذي لا كلام فيه إنهم يزوجونهن، فسواء زوجوا مسلماً أو نصرانياً لأنهم ولاتهم فالولي منهم دونهم أولى فالولاة أولى. قال أصبغ: وقد قلت لابن القاسم: فإن أرادت وليته هذه نكاح مسلم وأبى ذلك هو أيجبر على ذلك، بكراً كانت أو ثيباً، وهو يأبى ذلك ويقول: لا أزوج للمسلمين؟ فقال: لا أرى أن يعرض لهم في ذلك وليردوا إلى أحكام دينهم وحكامهم. قال أصبغ: يعني فيزوجون إن رأوا ذلك، ويجوز. قال فالولي إذا رضي بمنزلة ذلك.

قال محمد بن رشد: قوله وهو أولى بذلك من غيره، يريد أن المسلم أولى بعقد نكاحها من ولاتها من النصراني، إذا لم يشاحوه في ذلك، لأنه أن يلي عقد النصرانية لمسلم مسلم، أحسن من أن يليه النصراني. وقوله في آخر المسألة: فالولي منهم دونهم أولى فالولاة أولى، يريد أن الولاة النصارى أحق بعقد نكاحها من المسلمين إن تشاحوا في ذلك وطلبوه وهذا في أهل الجزية، فهذا وجه هذه الرواية، وتبين[3] تأويلنا هذا قوله في آخر المسألة: فالولي إذا رضي بمنزلة ذلك يقول: فكما لا يكون للمسلم أن يتزوجها إلا برضى أهل دينها، فكذلك لا يكون للمسلم أن يعقد نكاحها إلا برضى أهل دينها وولاتها، يعني من أهل الجزية. وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم الشجرة تطعم بطنين في السنة فلا معنى لإعادته هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يخطب إليه القوم، فيقول: قد زوجت فلاناً، ثم أنكر بعد ذلك وقال: لم أقل إلا لأدفعهم عن نفسي. قال: إن ادعى الذي أقر له، وسمى أنه قد كان

(٣) في ق ١ ويبين.

زوجه قبل ذلك، حلف على ذلك بالله، لقد زوجه وثبت له النكاح بالبينة التي قامت على إقراره له. وإن كان إنما يريد أن يأخذها بما سمع منه الخاطبون فقط، رأيت أن يحلف الأب بالله ما كان ذلك منه إلا اعتذاراً إليهم، وما زوجه، أي وما أراد به تزويجاً موجباً له، ويكون القول قوله وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: قال أصبغ ها هنا وروايته عن ابن القاسم مثل قول ابن كنانة في سماع عيسى من كتاب الدعوى والصلح، خلاف قوله فيه إن النكاح للطالب واجب لا يبالي بأن ذلك كان طلبه بهذا القول أو بنكاح كان قبله، لأن النكاح لا لعب فيه ولا اعتذار، وهو قول ابن حبيب في **الواضحة**. وذهب ابن المواز إلى أن النكاح لا يلزم بهذا الإقرار ولا بدعوى متقدمة. وهي أشبه الأقوال الثلاثة وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الرجل يدعي نكاح امرأة وهي تحت رجل آخر، فأقام شاهداً واحداً أنه تزوجها قبله، أيعزل عنها زوجها؟ قال: نعم، أرى أن يعزل عنها إذا أقام هذا شاهداً واحداً إلى أن يستبين ذلك، إذا كان ما يدعي أمراً قريباً ولا يدعي شهادة بعيدة. وكذلك الجارية[٤] يدعيان الحرية إذا أقام[٥] شاهداً واحداً ويدعيان مع ذلك أمراً قريباً يعني فيوقفان على صاحبهما ويخرجان من يده إلى ذلك وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: هذا كله صحيح على معنى ما في **المدونة** من وجوبها[٦] توقيف العرض المدّعى فيه بالشاهد الواحد. ونص ما في كتاب ابن

(٤) في ق ١ والعبد يدعيان الخ.

(٥) في ق ١ أقاما. وتثنية الضمير في هذا والذي قبله هو الصواب.

(٦) في ق ١ وجوب.

المواز والواضحة: قال عبد الملك في الواضحة: ولا يعزل بدعواه فقط حتّى يقيم شاهداً عدلاً. وقال محمد بن المواز: فإن لم يصح لهما شاهد آخر، وكان ذلك بعيداً، حلف السيد، ولا شيء على الزوجة وعلى الزوج. فأما قوله: إنه لا شيء على الزوج ولا على الزوجة صحيح، لأنهما لو أقرا له أو أحدُهما بما ادعاه من النكاح، لم ينتفع بذلك، ولو لم تكن المرأة تحت زوج وادعى رجل نكاحها وهما طاريان، وعجز عن إثبات ذلك، لزمتها اليمين، لأنها لو أقرت له بما ادّعاه من النكاح، كانا زوجين. وقد قيل: إنه لا يمين عليها، لأنها لو نكلت عن اليمين لم يلزمها النكاح. وهذا على الاختلاف في التي يزوجها وليها، فتنكر أن يكون ذلك بعلمها، إذ لا فرق بين المسألتين، لثبوت النكاح فيهما بإقرار الزوجة. وقد كان القياس إذا نكلت عن اليمين في المسألتين جميعاً، أن يحلف الزوج، ويجب له النكاح، إلا أن ذلك لا يوجد لهم نصاً. وقد ألزمها النكاح بالنكول في آخر سماع يحيى إذا كان سبب يدل على علمها به. وقد مضى القول على ذلك هناك. وأما قوله إذا حلف السيد فصحيح، على ما في المدونة وغيرها إذا كان ادعى على السيد أنه أعتقه وأقام على ذلك الشاهد. وأما[7] إذا كان ادّعا أنه حر من أصله، أو أن غيره أعتقه قبل أن يشتريه هو وأقام على ذلك شاهد[8] فلا يمين على الذي هو بيده، والواجب في ذلك أن يوقف عنه ويحال بينه وبين وطئها إن كانت أمة ويؤجل في طلب شاهد آخر، الشهر والشهرين والثلاثة، على ما في رسم سلف من سماع ابن القاسم من كتاب الاستحقاق. وإن أراد أن يذهب إلى موضع يمينه[9]، كان له ذلك بعد أن يعطي حميلاً بقيمته. قاله ابن القاسم في سماع ابن القاسم من كتاب الأقضية، وابن وهب في سماع يحيى. من كتاب الشهادات، وفي توقيف غلته وخراجه إن كانت له غلة وخراج اختلاف. قيل: إنه يوقف ذلك، فإن استحق الحرية كان له ما وقف من خراجه. وقيل: إنه لا يوقف

(٧) سقط من ق ١ من قوله هنا: وأما إذا كان ادعا إلى قوله وأقام على ذلك شاهداً.

(٨) كذا.

(٩) في ق ١ بينته.

ذلك إلا في حال الإعذار بعد ثبوت الحرية بشاهدين. وقيل لا يوقف ذلك أصلاً. والغلة للذي في يديه حتّى يقضى عليه بحرِّيته والثلاثة أقوال قائمة من **المدونة**.

مسألة

وسئل عن رجل ادعى نكاح امرأة فأنكرته وادّعا بينة بعيدة، هل يومر بالانتظار؟ قال: لا، إلا أن تكون بينة قريبة، ولا يضر ذلك بالمرأة، ويرى الإمام لِمَا ادعى وجهاً.

قلت: فإن عجز وجاء ببينة بعد ذلك وقد نكحت المرأة أو لم تنكح قال قد مضى الحكم.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا يقبل منه بينة إن جاء بها بعد التعجيز، خلاف ما في سماع أصبغ، من كتاب الصدقات والهبات، وخلاف ظاهر ما في **المدونة** إذ لم يفرق فيها بين تعجيز الطالب والمطلوب. وقال: إنه يقبل منه القاضي ما أتى به بعد التعجيز، إذا كان لذلك وجه. وقد قيل إنه لا يقبل منه ما أتى به بعد التعجيز كان طالباً أو مطلوباً. وفرق ابن الماجشون في الطالب بين أن يعجز في أول قيامه، قبل أن يجب على المطلوب عمل، وبين أن يعجز بعد أن وجب على المطلوب عمل ثمّ رجع عليه، ففي تعجيز المطلوب قولان. وفي تعجيز الطالب ثلاثة أقوال، قبْل هذا في القاضي الحاكم دون من بعده من الحكام. وقيل بل فيه وفيما بعده من الحكام. وهذا الاختلاف إنما هو إذا عجزه القاضي بإقراره على نفسه بالعجز، وأما إذا عجزه السلطان بعد التلوم والأعذار، وهو يدعي أن له حجة، فلا يقبل منه ما أتى به بعد ذلك من حجة، لأن ذلك قد ردّ من قوله قبل نفوذ الحكم عليه، فلا يسمع منه بعد نفوذه عليه.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يزوج ابنته

فيقيم بعد ذلك، حسبته قال: سنة أو سنتين، ثمّ يظهر بها جذام فيزعم الزوج أنه كان بها يوم تزوجها، ويقول غرتني، ويقول الأب بل زوجتك صحيحة. القول قول من قال: القول قول الأب.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفاً في رسم التمرة من سماع عيسى فأغنى ذلك عن إعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن الرجل يزوج ابنته فيخرج جهازاً وشواراً، فيقول أشهدكم أن هذا عارية في يد ابنتي، ولم يروا البنت ولم تحضر، فطلب الأب المتاع والشورة بعد ذلك، فلم يقدر عليه عند ابنته وقد شهد الشهود أنه أدخله بيت زوجها فقال: إن كانت بكراً وقد علمت بالعارية فلا ضمان عليها، إلا أن يكون هلاكه يوم هلك بعد أن رضي حالها، فهي ضامنة، إلا أن يكون طرقها من ذلك أمر من الله تكون عليه بينة، وإن لم تكن علمت بذلك فلا شيء عليها أصلاً وإن حسنت حالها، وإن كانت ثيباً فعلمت بذلك فهي ضامنة له، وإن لم تعلم فلا ضمان على واحد منهما، البكر والثيب، فيما لم يعلم ولم يقبله على وجه العارية. وقاله أصبغ ولا شيء على الزوج في هذا كله إذا لم يستهلك هو شيء من ذلك استهلاكاً. وهذا فيما يفضل عن صداقها وجهازها مما لم تجهز به من صداقها ولا عطية أبيها لها وقال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن الرجل يتزوج المرأة ويبعث إليها بحلي ومتاع، ويشهد أن ذلك عارية، ولا يعلم ذلك أولياؤها. قال: هو كذلك على ما أشهد عليه من ذلك، إن أدركه كان له، وإن تلف ولم يعلم ما أشهد عليه حتّى تقبله على وجه العارية فلا ضمان عليها.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لا ضمان على الابنة فيما جهزها به

الأب من المتاع، وأشهد أنه عارية عندها إذا لم تعلم بإشهاده، ولم تقبله على وجه العارية، وأنه لا ضمان على الزوجة فيما بعث به الزوج إليها من المتاع، وأشهد أنه عارية عندها إذا لم تعلم بذلك أيضاً، ولم تقبله على وجه العارية صحيح، إذ ليس لواحد منهما أن يلزم أحداً ضمان ما لمْ يلتزم ضمانه، وحسبه أن ينفعه الإشهاد في استرجاع متاعه وإن طال زمان ذلك عند الابنة وذلك خلاف ما مضى لسحنون في سماعه. وقد مضى القول على ذلك هنالك وبالله التوفيق.

مسألة

قلت: فلو زوج ابنته وهي بكر رجلاً فأدخلها عليه ومضى لدخولها حين، ثُمَّ قام الأب فادعا بعض ما جهزها به، وزعم أنه إنما كان عارية منه ليُجَمِّلَها به وصدقته الابنة، أو أنكرت ما ادعا وزعمت أنه لها ومن جهازها قال: القول قول الأب إذا قام بحدثان ما ابْتنا الزوج بها، وليس للزوج مقال، والأب مصدق، ولا يلتفت إلى إنكار الابنة بذلك، ولا إلى إقرارها، لأن هذا من عمل الناس معروف، وذلك من شأنهم يستعيرون المتاع يتجملون به، ويكثرون بذلك الجهاز، إذا كان فيما بقي من المتاع وفاء بالمهر، فإذا كان هذا فليس للزوج فيه مقال، وسواء كان ذلك المتاع معروفاً أصله للأب أو غير معروف هو فيه مصدق، إذا كان فيما بقي وفاء بالمهر.

قلت: فإن طال الزمان ثمّ قام الأب يدعي ذلك، وفيما بقي بعد ما ادعا وفاء بالمهر، وكان الأصل معروفاً أو غير معروف، كانت الابنة مقرة أو منكرة، قال: إذا لم يعرف أصل المتاع وطالت حيازتها للمتاع الزمان الطويل، فإن للزوج في هذا مقالاً، ولا أرى الأب فيه مصدقاً إذا جاء مثل هذا من الطُّول والبعد، وأراه له بطول حيازتها.

قلت: فإن كانت مقرة بأن المتاع للأب ولم تنكر ما ادعا الأب من ذلك، قال: لا يجوز[١٠] إقرارها إذا بلغ هذا الحد من الطول لأن إقرارها هنا عطية متبداة، ولا يجوز إقرارها إذا أراد عليها ذلك زوجها وإن كان فيما بقي بعد ذلك وفاء بالمهر.

قلت: فإن عرف أصل المتاع للأب قال: عرف أصله أو لم يعرف، فطول حيازتها له هذا الزمان يقطع دعوا الأب إذا أنكر الزوج أو المرأة.

قلت: فإن كان قيام الأب في ذلك بحدثان دخول زوجها بها، وكان أصل المتاع معروفاً للأب، وليس فيما بقي من الجهاز ما فيه وفاء بالمهر قال: فهو للأب إذا عرف أصله ويتبع الزوج الأب بوفاء الصداق حتّى يتم له من الجهاز لابنته ما فيه وفاء ما أصدقها من المهر.

قال محمد بن رشد: قال: إن الأب مصدق فيما ادعا مما جهز به ابنته انه كان عارية منه لها بشرطين: أحدهما أن يكون ذلك بحدثان البناء، والثاني أن يكون فيما بقي بعدما ادعا وفاء بالمهر، يريد أنه مصدق في ذلك مع يمينه، كذلك قال ابن حبيب، وزاد فقال: ولا أرا السنة فيه طولاً. وهذا في الأب خاصة في ابنته البكر، وأما في الثيب، أو في وليته البكر، أو الثيب، فلا وهو فيها كالأجنبي، وقاله بعض أصحاب مالك. فأما إيجابه اليمين في ذلك على الأب فصحيح، ولا يقال إن اليمين تسقط عنه من أجل أن الوالد لا يحلف لولده، إذ ليس ذلك عليه حكم باليمين، وإنما هو حكم لديه، إن شاء أن يأخذ ويحلف حلف وأخذ، وإن شاء أن يترك ترك، وإنما خص في ذلك الأب في البكر، لأنها في ولايته، ومالها في يده. فعلى قياس هذا، يكون في الثيب إذا كانت في ولايته، بمنزلته في البكر، ويكون الوصي فيمن إلى نظره في

(١٠) سقط من ق ١ قوله لا يجوز إقرارها إلى قوله عطية مبتدأة.

اليتمى الأبكار والثيب، بمنزلته فيها أيضاً، ويحمل قوله وأما في الثيب، أنه أراد بها الثيب التي لا ولاية له عليها. وقوله: فإذا كان هكذا، يريد إذا ادَّعا ذلك الأب بحدثان البنا، وفيها بقي وفاء بالمهر، فليس للزوج فيه مقال، كلام صحيح، لأنه إذا لم يكن فيها بقي وفاء بالمهر، فإنما يصدق فيما زاد على قدر الوفاء به، بخلاف إذا عرف أصل المتاع له، لأنه إذا عرف أصل المتاع له، فيأخذه ويتبعه بوفاء المهر، إذ من حقه أن يجهز زوجته به إليه. وأما قوله إذا ادعا الأب ذلك بعد طول زمان، إن للزوج في ذلك مقالاً وإن كان فيها بقي وفاء بالمهر، إذا لم يعرف أصل المتاع للأب، مقرةً كانت أو منكرة، وإن طول حيازتها يقطع دعوا الأب إذا أنكر الزوج أو المرأة، ففيه نظر، إذ لا كلام للزوج فيها دون الثلث من مالها، إلا على وجه الحسبة، لكونها مولى عليها، لا تجوز عطيتها في شيء من مالها لأبيها ولا لغيره، فقوله: إن طول حيازتها يقطع دعوا الأب إذا أنكر الزوج، معناه إذا أنكر بالحسبة، إذ ليس له معنى ينكر له سوا ذلك. وفي قوله: إذا أنكر الزوج أو المرأة، دليل على أنهما لو لم ينكرا وسلما جميعاً ورضيا لجاز ذلك للأب، وهو بعيد، إلا أنه دليل الخطاب. وقد اختلف في القول به، فلا ينبغي أن يعمل ها هنا. وفي الدمياطية لابن القاسم: إن الأب إنما يصدق فيما ادعا من جهاز ابنته بعد البناء انه عارية لها، وإن كان فيها بقي وفاء بالمهر، إذا كان على أصل العارية بينة. والمشهور ما تقدم في المسألة التي قبل هذه أنه مصدق إذا أشهد على العارية وإن طال الأمر إذا كان فيها بقي وفاء بالمهر، وإن لم يكن فيها بقي وفاء به صدق فيما زاد على قدر الوفاء به وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن السفيه ينكح بغير إذن وليه ثم مات، أيتوارثان؟ قال: إن مات هو فلا ترثه، وإن ماتت هي فالنظر إلى وليه إن رأى أن يثبت النكاح ويأخذ له الميراث أخذه، وإن رأى أن يرده رده وتركه. قال سحنون مثله قال أصبغ: ثم

سمعته بعد ذلك يقول في السفيه يتزوج ثمّ يموت، إنها لا ميراث لها منه إذا لم يكن وليه علم وينتزع منها جميع ما أعطاها، إلا قدر ما تستحل به، ربع دينار إذا كان أصابها.

قال محمد بن رشد: قوله: سمعته بعد ذلك يقول، ليس بخلاف لما حكاه عنه أولاً، وإنما فيه زيادة التكلم على حكم الصداق إنه يبطل كما يبطل الميراث، ولا يكون لها شيء إلا قدر ما تستحل به الفرج، إذا كان قد دخل بها. ووجه هذا القول: إن النظر في النكاح يرتفع بموت السفيه، ولا يرفع بموت الزوجة. فإذا مات هو لم يكن لها صداق ولا ميراث، لكون النكاح محمولاً على الرد حتى يجاز، وإذا ماتت هي نظر له الولي فيما يرى له من الحظ في إجازة النكاح أو رده، إذ قد يكون الميراث أكثر من الصداق، فيكون الحظ له في إجازة النكاح. وقد يكون الصداق أكثر من الميراث، فيكون الحظ له في رد النكاح. وقد قيل: إن نكاح السفيه بغير إذن وليه محمول على الجواز حتى يرد، وقيل إن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما، وقيل إن النظر فيه قائم لا يرتفع بموت من مات منهما. فيتحصل على هذا في المسألة ثمانية أقوال: **أحدها** هذا وهو قول مطرف وابن الماجشون، وأبيه، وعبد العزيز بن أبي حازم. **والثاني** أنهما يتوارثان ويمضي الصدّاق على القول بأن النكاح محمول على الإجازة حتى يرد وأن النظر في النكاح يرتفع بموت من مات منهما. وهذا القول حكاه ابن حبيب عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه. **والثالث** أنهما لا يتوارثان، ويبطل الصداق، إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها منه قدر ما يستحل به الفرج، على القول بأن النكاح محمول على الرد حتى يجاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما. وهو(١١) قول ابن القاسم في العشرة **والرابع** أن الميراث بينهما ثابت مراعاة الاختلاف(١٢) ويبطل الصداق، إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها قدر ما تستحل به الفرج،

---

(١١) سقطت جملة: وهو قول ابن القاسم في العشرة من ق ١.

(١٢) في ق ١ للاختلاف.

على القول بأن النكاح محمول على الردّ حتى يجـاز، وأن النظر فيه يرتفع بموت من مات منهما وهو قول ابن القاسم في العشرة. **والخامس** أن الميراث بينهما مراعاة للاختلاف وينظر في النكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي يوم وقع أجازه، كان لها الصداق، دخل أو لم يدخل. وإن كان على غير ذلك بطل الصداق إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها قدر ما تستحل به الفرج. وهو قول أصبغ في الخمسة. **والسادس** أن الميراث بينهما مراعاة للاختلاف، ويبطل الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة، فإن كان نكاح غبطة كان لها الصداق، وإن لم يكن نكاح غبطة بطل الصداق، إلا أن يكون كان الزوج قد دخل، فيكون لها قدر ما يستحل به الفرج. وهذا القول يتخرج على القول بأن النكاح على الرد حتّى يجاز، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج، لا بموت الزوجة. **والسابع** أن الميراث بينهما مراعاة للاختلاف، ويثبت الصداق إن كان الزوج هو الميت، وينظر في النكاح إن كانت الزوجة هي الميتة على ما ذكرناه في القول الذي قبل هذا. وهذا القول يتخرج على القول بأن النكاح على الجواز حتّى يرد، وأن النظر في النكاح يرتفع بموت الزوج، لا بموت الزوجة. **والثامن** أنه ينظر في النكاح، فإن كان نكاح غبطة مما لو نظر فيه الولي أجازه، كان الميراث بينهما، ووجب لها الصداق. وإن كان على غير ذلك لم يكن بينهما ميراث، ولا كـان لها صداق، إلا أن يكون قد دخل بها، فيكون لها قدر ما تستحل(١٣) به وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسمعت ابن القاسم وسئل عن الذي يتزوج المرأة بعبد غائب قال: لا بأس به. وإن كانت غيبة بعيدة، وإن(١٤) كان لا يدخل بها، وهي مثل الاشتراء لا بأس أن يشتريه إن كانت غيبة

(١٣) حذفت كلمة: فرجها من الأصل وثبتت في ق ١.
(١٤) في ق ١ ولا كن.

بعيدة. وإن كانت غيبة العبد قريبة في الذي تزوجت به فلا بأس أن يدخل بها مثل الاشتراء أيضاً[١٥]. وإن أصيب العبد فلها قيمته قال: وإن لم تعلم المرأة العبد ولم يوصف لها فلا ينبغي التزويج على ذلك، كما لا ينبغي اشتراء عبد آبق، ولا بعير شارد، ولا شيء غائب غير موصوف، فإن وقع النكاح على ذلك فسخ، إن كان لم يدخل بها وإن كان قد دخل بها كان لها صداق مثلها.

قال محمد بن رشد: أجرى ابن القاسم النكاح بالعبد الغائب مجرى البيع في جميع الأحوال فقال: إنه لا بأس أن يتزوج به وإن كانت غيبة بعيدة، يريد: ما لم يتفاحش بعد ذلك، وقد اختلف في حدّ ذلك، فحكى الفضل عن أصبغ أنه أجازه فيما بين إفريقية والمدينة، وأراه غلطاً، لأن الذي حكى عليه ابن مزين، أنه إنما يجوز في مثل ما بين المدينة ومصر، وفيما بين مصر وإفريقية، وهو قول ابن حبيب في **الواضحة** وزاد قال: وعلى مسيرة العشرين والشهر ونحوه. ولم يجز ابن القاسم أن يدخل بها في الغيبة البعيدة، كما لا يجوز النقد فيه. وقد أجاز أن يدخل بها في القريب الغيبة، كما لا[١٦] يجوز النقد فيه. وحد القرب على ظاهر قوله إذا قاسه على الشهر اليوم واليومين والثلاثة، ونحو ذلك. وقال أصبغ: الأربعة والخمسة. وأجاز ابن حبيب للزوج أن يدخل بها في البعيد الغيبة، إلا أنه استحب أن يعطيها ربع دينار عند ابتنائه بها قبل قبضها الرقيق الغائبة، ففرق بين الدخول في النكاح، والنقد في البيع. وقوله: فإن أصيب العبد فلها قيمته، يريد في القريب الغيبة والبعيد، على ما اختاره من قول مالك، في أن المصيبة في الغائب الذي يشترى على الصفة من البائع حتى يقبضه المتاع، قربت غيبته أو بعدت. وقوله: إن لها قيمته على أصله في أن الصداق إذا استحق وكان عرضاً إن لها أن ترجع بقيمته. وعلى ما في رسم الطلاق من سماع أشهب، يكون لها

---

(١٥) في ق ١ قال: وإن أصيب.

(١٦) في ق ١ كما يجوز

صداق مثلها، إذ لا فرق بين المسألتين. وقد مضى القول على ذلك هنالك. وفي العشرة ليحيى إن المصيبة من المرأة بالعقد في النكاح، بخلاف البيوع. وزاد ولو ماتوا قبل النكاح لا يفسخ النكاح، فيلزم على قياس قوله: إذا استحق الصداق وهو عرض قبل الدخول أن يفسخ النكاح، وكذلك إذا مات العبد الغائب المتزوج به بعد العقد وقبل القبض على القول بأن المصيبة من الزوج وبالله التوفيق. وأما إذا لم تعرف المرأة العبد ولم يوصف لها فلا إشكال ولا اختلاف في أنه نكاح فاسد، قبل الدخول ويثبت بعده بصداق المثل وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في اليتيمة يزوجها وليها وقد اشعرت وقاربت الحيض وجرت عليها المواسي وشارفت الحيض فانكحت برضاها فذلك جائز وقاله[١٧] أصبغ حسن.

قال محمد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة وتحصيل القول عليها في رسم شك في طوافه[١٨] من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادة ذلك[١٩] أيضاً في سماع ابن القاسم وأشهب وفي سماع عيسى.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في رجل تزوج امرأة بكراً فدخل عليها فافتضها بأصبعه، ثمّ طلقها. أترى أن يكون لها الصداق كاملاً لأنه قد فعل ذلك على وجه النكاح؟ قال: نعم، وليس بمنزلة الأجنبي يفعل ذلك بها، أرى في الأجنبي أن يكون عليه

---

(١٧) في ق. ١ وقال أصبغ.

(١٨) في ق ١ في صلاته.

(١٩) في ق ١ ومضت أيضاً في سماع أشهب والحمدلله وبه التوفيق.

بقدر ما شأنها. أصبغ[٢٠] ان قيل هذا على الاستحسان فعسى، وإنه لضعيف، والقياس أنه وغيره بالأصبع سواء. وهو رأيي لا أرى غرم ذلك عليه واجباً، ولها نصف الصداق.

قال محمد بن رشد: قد مضى لابن القاسم في سماع سحنون مثل قول أصبغ ها هنا، ومضى القول على المسألة هناك، فلا معنى لإعادته هنا مرة أخرى وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الذي يصيبه الجذام قبل الدخول، فيفرق بينهما هل لها من الصداق شيء؟ قال: ليس لها من الصداق قليل ولا كثير، لأنها فارقته ولم تصبر عليه، بمنزلة النصرانية تسلم قبل الدخول فلا يكون لها من الصداق شيء، كذلك قال في مسألتك: إنه لا صداق لها ولا شيء. قال أصبغ: وهو قول مالك في النصرانية أيضاً وهو قولنا جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الزوج غلب على الفراق، ولم يكن منه طلاق، فوجب ألا يكون عليه شيء من الصداق، لأن الله إنما أوجب نصف الصداق قبل الدخول على المطلق بقوله: ﴿وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وقَدْ فَرَضْتُمْ﴾[٢١] الآية وقد مضى هذا المعنى وما يتعلق به في سماع سحنون وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: قال: وسمعت ابن القاسم وسئل في الذي يتزوج

(٢٠) في ق ١ قال أصبغ.

(٢١) البقرة: ٢٣٧.

المرأة ثم يجد بها ضرراً ترد منه، وقد مسها، إنه إن كان الولي قريب القرابة، يريد ممن يعلم بدائها، ولا يخفى عليه، ولا يعذر فيه، ترك لها القليل والكثير، ورجع الزوج على الولي بصداقه، يعني كله، ولم يرجع الولي عليها به، فإن لم يجد عند الولي شيئاً، ووجده معدماً، لم يرجع على المرأة بشيء ولم ينزع منها شيئاً، لأن الولي هو الذي غره وليس هي التي غرته من نفسها، ولعلها أن تكون بكراً، فليس عليها هي أن تخرج إلى الخاطب فتعلمه بدائها، ولا ترسل إليه. وهذا على الولي، فإن لم يجد الزوج للولي شيئاً اتبعه به ديناً، ولم يُنزع من المرأة شيء. وقاله أصبغ. والبكر والثيب سواء، إذا كان من الأولياء الذين يعلمون ذلك ويحمل عليهم بالعلم.

قال محمد بن رشد: التقريب القرابة من الأولياء، الذي يحمل على العلم بعيب المرأة، ويجب للزوج الرجوع عليه بالصداق، إذا لم يخبره بالعيب الأب والأخ والابن. **قاله مالك في موطأه. وابن حبيب في الواضحة**. وسواء كان العيب جنوناً، أو جذاماً أو برصاً، أو داءً في الفرج خفياً، أو ظاهراً على ظاهر قوله في هذه الرواية. إذ قال فيها ضرراً ترد منه، ولم يخص ضرراً من ضرر. وهو قول ابن حبيب في **الواضحة**. وقول أصبغ: والبكر والثيب في هذا سواء، صحيح، لأن البكر أمرها كله إلى الأب. والثيب إذا وكلته على أن يزوجها. فقد وكلته على أن يخبر بما علمه من عيبها، إذ لا يجوز له سوى ذلك، فإذا كتم ذلك كان قد غرَّ ووجب عليه الرجوع. قال في الرواية: فإن وجده معدماً لم يرجع على المرأة بشيء. ووجه ذلك أنه لم يقع منها تقصير ولا غرور. وقال ابن حبيب: في **الواضحة**: إنه يرجع عليها إن كانت موسرة، فإن كانا معدمين رجع على أوّلهما يسراً، ولم يكن لمن رجع عليه منهما أن يرجع على صاحبه بما رجع عليه. ووجه إيجابه الرجوع على المرأة في عدم الولي، أن الصداق وإن كان الولي قد غرّ الزوج، فقد حصل إلى المرأة بغير حق، فلا يترك عندها منه إلا قدر ما يستحل به الفرج، إذا لم يجد الزّوج على

من يرجع به، فإن كانت قد اشترت به جهازاً أخذ منها ما اشترت، إذ ليست ها هنا بمتعدية، بخلاف إذا كانت هي الغارة، ووجب الرجوع عليها على ما ذكره ابن حبيب. واختلف إذا كان الأب أو الأخ غائباً غيبة طويلة، يخفى عليه في مثلها خبرها ومعرفة دائها وعيبها. فقال ابن حبيب: يحلف أنه ما علم به ويسقط الغرم عنه ويرجع على الزوجة. وقال أشهب: بل يرجع عليه وإن خفي عليه، كما يرجع عليه في البرص الذي يكون في المكان الذي يخفى.

وأما سائر الأولياء، فلا يجب الرجوع عليهم بشيء من الصداق، لأنهم يُحملون على أنهم لا يعلمون حتّى يثبت عليهم أنهم علموا، فإن اتهم بمعرفة عيبها استحلف على ذلك. قاله ابن حبيب، يريد فإن نكل غرم، وإن حلف غرمتها المرأة. وفي كتاب ابن المواز لا يمين عليه، إلا أن يدعي عليه الزوج العلم فيحلف، فإن نكل غرم بعد يمين الزوج فإن نكل الزوج أيضاً عن اليمين أو حلف الولي سقط عنه الغرم في الوجهين،وبطل رجوعه على المرأة.

قال فضل: وهو جيد على أصولهم فافهمه، يريد لأنه قد أبرأ المرأة إذا ادعى أن الولي قد علم، لأنه إذا علم بالعيب ولم يخبر به فهو الغادر. دون المرأة، لأنه العاقد للنكاح، والمرأة تقول: إنما وكلته على أن يزوجني ويخبر بعيبي فإذا لم يفعل فهو الغار دوني. ولو زوجها بحضرتها ولم يخبر واحد منهما بالعيب، لكانا جميعاً غارين، يرجع الزوج على من وجد منهما ملياً، فإن رجع على الولي رجع الولي على المرأة، وإن رجع على المرأة، لم ترجع المرأة على الولي. وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أن جميع الأولياء محمولون على العلم بالجنون والجذام، لأن الخبر بذلك يشيع، فلا يخفى ذلك على الجيران، فضلاً على الأولياء. وهو ظاهر قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه **أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وبِهَا جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ فَمَسَّهَا فَلَهَا صَدَاقُهَا كامِلاً وذَلِكَ لِزَوْجِهَا غُرْمٌ عَلَى وَلِيِّها**. قال هذا المتأخر: وكذلك البرص إذا كان في الوجه أو الذراع أو اللسان، وأما إن كان في سائر الجسم الذي تستره الثياب، فيحمل على العلم به الأب والأخ والابن، دون سائر الأولياء. قال: وأما عيب الفرج، فإن كان ظاهراً لا يخفى على الأم حين التربية حمل الأب وحده على العلم به، دون

الأخ ومن سواه، لأن ذلك مما يستر عنه وعنهم، وإن كان ممّا قد يخفى عليها، لم يحمل الأب على العلم به. فقسم هذا القائل[٢٢] على أربعة أقسام: منها ما يحمل على العلم به جميع الأولياء. وهو الجنون والجذام والبرص فيما يظهر من البدن، ومنها ما لا يحمل على العلم به إلا الأب، وهو داء الفرج الذي لا يخفى على الأم، ومنها ما لا يحمل على العلم به إلا الأب والأخ والابن، وهو البرص فيما لا يظهر من البدن. وقد حكى الفضل في داء الفرج الخفي عن عيسى بن دينار، أن الرجوع في ذلك لا يكون إلا على المرأة، ونسبه إلى العتبية ولم يقع ذلك له فيها عندنا مثل قول القائل فيه. وأصل مالك في هذه المسألة قول عمر بن الخطاب: **أَيُّمَا رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً وبها جُنُونٌ أَوْ جُذَامٌ** قال في بعض الروايات: أو قرن فمسها فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها. وذهب الشافعي إلى أنه إنما يجب للزوج أن يردها بذلك ما لم يدخل ويمس، فإذا دخل ومسّ وجب عليه الصداق، ولم يكن له رد، وكانت آمرأته، إن شاء طلق، وإن شاء أمسك. وروى ذلك عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه، وهو أظهر في القياس. وذهب أبو حنيفة إلى أنه لا رد للزوج في ذلك قبل الدخول ولا بعده، قاله في هذه العيوب الكبار، قياساً على ما اتفق عليه في العيوب الصغار وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن رجل زوج ابناً له كبيراً غائباً، وزعم أنه أمره بذلك، فقدم الابن فأنكر، قال: يحلف ولا يكون على الأب صداق. قيل: أرأيت إن مات قبل أن يقدم ويعلم رضاه؟ قال للمرأة الميراث مع الأب إن لم يكن له وارث غيره، وما يصيبها في نصيبه إن كان معها وارث غيره، لأنه يقر بأن لها معه في الميراث نصيباً حتّى يشهد بأنها امرأته، قال أصبغ: بمنزلة وارث أقر بوارث

(٢٢) في ق ١ قسم هذا القائل العيوب.

آخر، فهذا يرث في نصيبه فأما النكاح فلا.

قال محمد بن رشد: أوجب ابن القاسم في هذه المسألة(٢٣) على أنه ما أمره أن يزوجه. ومثله في أصل **الأسدية** وقال في **المدونة**: إن النكاح لا يثبت إذا أنكر ولم يذكر يميناً. وقال فضل: رواية أصبغ في إيجاب اليمين على الابن بعيدة جدّاً، لأنه لم يقر بأمر في شيء، فأما تضعيفه لإيجاب اليمين عليه فصواب، لأنها يمين لا يوجب النكول عنها حكماً، وإنما أمره باليمين، رجاء أن يقر فيلزمه النكاح، وأما تعليله بذلك، بأنه لم يقر بأمر في شيء، فليس بعلة صحيحة، إذ لا فرق في إيجاب اليمين عليه بين أن ينكر أن يكون أمره بشيء، وبين أن ينكر أن يكون أمره بتزويج هذه، ويقر أنه أمره بتزويج غيرها. وقد مضى الاختلاف في هذا المعنى في رسم البز من سماع ابن القاسم، وفي رسم أول عبد ابتاعه من سماع يحيى. وأما قوله إنه يحلف ولا يكون على الأب صداق، فهو مثل ما في **المدونة** لابن القاسم، لأنه قال فيها: إنه لا يلزمه شيء من الصداق، وإن كان قد ضمنه عنه. وقد قيل: إنه يلزمه نصف الصداق، وإن لم يضمنه عنه. وهو قول ربيعة، وقيل: إنه لا يلزمه إلا أن يكون ضمنه عنه. وإلى هذا ذهب ابن المواز، وحكاه عن أصحاب مالك، وهو قول غير ابن القاسم في **المدونة** يضمن الرسول ما ضمن. والاختلاف في وجوب نصف الصداق على الأب جار على اختلافهم في الفسخ. هل يكون بطلاق أو بغير طلاق. فروى محمد بن أبي السبئي عن مالك أنه كان فسخاً بغير طلاق، وروى عيسى عن ابن القاسم في **المدنية** أنه يكون فسخاً بطلاق. وقد مضى القول في أوّل رسم من سماع ابن القاسم الاختلاف في وقوع الحرمة به. فهو على هذا الأصل. وأما قوله في الميراث فصحيح لا اختلاف فيه ولا كلام وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سمعت أشهب وسئل عن الذي تُزَوِّجُ ابنته وهو

(٢٣) في ق ١ اليمين على الابن على أنه، وبهذه الزيادة يستقيم النص.

غائب يزوِّجها رجل. ثمّ يقدم الأب فيقول: أنا أمرته بذلك، وفوضته إليه، أيصدق ويجوز ذلك؟ قال: لا يجوز ذلك ولا يصدق، إلا أن تكون من النساء اللاتي يجوز أن يزوجهن غير الآباء من الأولياء، فيجوز إذا قال ذلك. قال أصبغ: يعني الثيب ها هنا، والبكر في الجواب الأول.

قال محمد بن رشد: الفرق بين الثيب والبكر، أن الرجل إذا زوجت ابنته البكر بغير إذنه، فهو عقد فاسد، لا يجوز للأب أن يجيزه، فإذا قال: أنا أمرته اتهم أن يكون أراد إجازة العقد الفاسد، وإذا ولت الثيب على نفسها رجلًا أجنبياً فزوجها، كان للولي إجازة النكاح وفسخه، إلا أن يطول بعد الدخول فلا يفسخ. فإذا قال الأب أنا أمرته كان أحرا أن يجوز. وعلى قول غير ابن القاسم في المدونة وإن أجازه الولي لم يجز، لأنه عقد غير ولي ليُصدق الأب في الثيب أيضاً، لأنه يتهم على إمضاء العقد الفاسد. وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل أشهب عن النكاح الفاسد الذي يفسخ إذا دخل بها ففرق بينهما، فتزوجها رجل في تلك الحيض الثلاث(٢٤) الاستبراء، ففرق بينهما، ألـه النكاح بعد ذلك؟ قال: لا تحل له أبداً. وقاله أصبغ وهي عدة.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن حكم التزويج في العدة من النكاح الفاسد والصحيح سواء، بإجماع العلماء، لا يفرق أحد منهم في ذلك بينهما، وإنما اختلفوا فيهما جميعاً اختلافاً واحداً على ما مضى في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت أشهب عن الذي يقيم البينة على امرأة أنـه

(٢٤) في ق ١ دون الاستبراء.

تزوجها وهي تجحد ذلك، وتقيم أخت تلك المرأة على ذلك الرجل بعينيه البينة أنه تزوجها، وهو ينكر ذلك، ولم توقت البينة وقتاً، وهم متكافئون في العدالة أو غير متكافئين. قال: أرى أن يفسخ النكاحان أيضاً، وسواء كانوا متكافئين أو غير متكافئين في هذا.

قلت له: فإن شهدت بينة كل واحد منهما على الدخول، قال: ذلك سواء، يفسخ دخل أو لم يدخل، فإن دخل بهما أزواجهما فالصداق لهما. قال: وسألت ابن وهب فقال لي مثله.

قال محمد بن رشد وهذا كما قالا إن فسخ النكاحين جميعاً واجب إذا كانت البنتين[٢٥] عدلتين وإن كانت أحديهما[٢٦] أعدل من الأخرى، لأن النكاح الثاني فاسد على كل حال، إذ لا يجوز نكاح الأخت على الأخت لنهي الله عزّ وجل عن الجمع بينهما. فلما لم يعلم أيهما هو، وجب أن يفسخا جميعاً. والفسخ منه بطلاق، ولا عدة على واحدة منهما ولا صداق لها إن كان لم يدخل بها. وإن ماتت التي أقام البينة أنه تزوجها قبل أن يفسخ النكاح بينه وبينها، كان له نصف ميراثها، لأن المنازعة في ميراثها بينه وبين الورثة. يقول هو: هي زوجتي، فلها[٢٧] ميراثها. ويقول الورثة: بل الأخرى هي زوجتك، لأنك تزوجتها أولاً ونكاح هذه فاسد، فلا ميراث لك منها، فيقسم بينهما بنصفين للتداعي. وإن قالت[٢٨] الورثة لا ندري لعل الأخرى هي التي تزوجت أولاً، فلا ميراث لك من هذه، حلف وأخذ جميع ميراثها وقيل إنه لا ميراث له منها إلا بيقين، وإن مات هو قبل الفسخ كان الميراث والصداق للتي ادعت أنه تزوجها وأقامت البينة على ذلك، لأنه قد علم أن الميراث لأحدهما، والأخرى تنكره، فلا شيء لها من الميراث ولا من الصداق إذا لم يدخل بها.

---

(٢٥) كذا. وصوابه: البيِّنتان.

(٢٦) كذا وصوابه إحداهما.

(٢٧) في ق ١ فلي ميراثها وهو الصواب.

(٢٨) في ق ١ قال.

وعلى كل واحد منهما من العدة أربعة أشهر وعشراً إن كان لم يدخل بها، وأقْصَى الأجلين إن كان قد دخل بها.

مسألة

قال أصبغ: سمعت أشهب وسئل عمن قال لرجل: زَوجْ فلاناً ابنتك بخمسين ديناراً، وهي علي لك، ففعل، ثمّ مات المعطي قبل أن يقبض ذلك منه وقبل أن يدخل الزوج بالمرأة. قال: يؤخذ من ماله، فقيل له: أفيرجع بها ورثته على الزوج؟ قال: إن كان ضماناً(٢٩) رجعوا عليه بها، وإن كان صلة لم يرجعوا عليه بشيء.

قال محمد بن رشد: قوله إن كان ضماناً رجعوا عليه يُفيد أن لفظ الضمان في عقد النكاح حمالة لا حمل، خلاف قوله في سماع سحنون. وقد مضى القول على ذلك هناك. وفي رسم الكبش من سماع يحيى، ولم يبين على ما يحمل قوله وهي لك عليَّ إن كان على الصلة التي هي بمعنى العطية، والحمل على الضمان الذي هو بمعنى الحمالة والأظهر أن يكون محمولاً على الصلة حتّى يتبين أنه أراد بذلك الحمالة.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج امرأة وشرطوا عليه ألا يدخل بها خمس سنين قال بئسما صنعوا والشرط باطل، والنكاح جائز ثابت، وإن أراد الدخول قبل ذلك فذلك له. قال أصبغ: مالك يقول: إن كان لصغر أو لطعون فلهم شرطهم. وقول مالك إنما يشبهه اشتراط تأخيرها، وما هو عندي أنا بالقوي، إذا احتملت الدخول بالرجال والوطء.

---

(٢٩) في ق ١ ضامناً.

قال محمد بن رشد: قوله في اشتراط تأخير البنا خمسة أعوام، إن الشرط باطل والنكاح ثابت جائز صحيح، على مذهب مالك في أن الشروط التي لا تفسد النكاح لا تلزم إذا لم تكن مُقيدة بتمليك أو طلاق، حسبما مضى في رسم الطلاق الثلاث من سماع أشهب. وما حكى أصبغ عن مالك أنه يلزم الشرط إن كان لصغر أو طعون، معناه في السنة ونحوها، كذلك وقع له في **المدونة**. ويريد بالصغر، الذي قد يمكن معه الوطء، وأما إن كانت في سن من لا يوطأ مثلها، فمن حق أهلها أن يمنعوه من البنا بها حتّى تدرك وتطيق الرجال، وإن لم يشترطوا ذلك، كذلك في(٣٠) **المدونة**. ولما كان البنا قد يحكم بتأخيره إذا دعت إليه الزوجة، وإن لم يكن في ذلك شرط، حسب ما مضى في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب، ألزم مالك الشرط فيما قرب من المدة وهي السنة، لأنها حد في أنواع كثيرة من العلم، من ذلك العنّين يؤجل سنة، والجراح يتربص سنة، والعهدة في الجنون والجذام والبرص سنة، وأشباه هذا كثير. وبالله التوفيق. وقول أصبغ وما ذلك بالقوي إذا احتملت الدخول بالرجال والوطء، يريد أنه ليس على حقيقة القياس، وإنما هو استحسان وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سألت أشهب عمن نكح، فلما فرغ من العقدة استكتم الشهود. قال: إن لم تكن تلك نيته، وعليه نكح. يعني بالضمير فلا بأس به.

قلت: فإن كان على ذلك نكح وهو نيته. أيفارق؟ قال: نعم يفارق. قال أصبغ: محمول قوله ضميره هو، ولست أرى ذلك يُفسد النكاح إن لم يكن إلا ضميره في نفسه، لأنه ينكح وضميره الفراق، فلا يكون بذلك بأس. ولكن إن كان بذلك الضمير،

---

(٣٠) في ق ١ كذلك قال في المدونة.

تحقيق مواطأة بينـه وبين المرأة والأولياء وعلى وجه مأخـذ النكاح بالاستتار منهم، فهو الفاسد. وهو من وجه نكاح المتعة وهو الذي يفارق كما قال ولا يقيم عليه.

قال محمد بن رشد: ذهب أبو إسحاق التونسي إلى تصحيح قول أصبغ، وتصويب اعتراضه على أشهب. فقال: أما ضميره هو وحده فلا يضر ذلك النكاح، لأن الفساد إذا كان من جهة واحدة لا يضر النكاح. وقول أشهب يفارق، فيه ضعف، إلا أن يكون عنده أن فساد العقد إذا كان من جهة أحد المتعاقدين، يفسد فيلزم عليه لو تزوجها بحُرّ أو بعبد اغتصبه، ولم تعلم أن النكاح فاسد. وإن كان سحنون قد قاله في الذي تزوج بالحر[٣١] ولم يقبله في الذي تزوج بالعبد المغصوب، وليس عندي بصحيح، لأن أشهب لم يقل إن النكاح يفسد بضميره هو، ولا أن النكاح يفسخ بذلك كما تأوله عليه أصبغ وإنما رءا له أن يفارق امرأته استحساناً من غير إيجاب يُحكم عليه به، لكون الفساد من جهته خاصة بإقراره على نفسه أنه نوا قبْل العقد الكتمان للذي ظهر منه بعد العقد. وقوله صحيح، لأن الفساد لما لم يوجد إلا من جهته لم يصح أن يحكم بالفراق، لأن ذلك حكم على الزوجة بفساد لم يثبت، ولا أقرّت به. ووجب لما كان الزوج مالكاً للطلاق أن يؤمر بالفراق، لإقراره على نفسه بالفساد، لأنه نوا نية فاسدة، صدّقها بفعله، فوجب أن يكون لها تأثير في حقه الذي يملكه من الطلاق. ولو كانت الزوجة والأولياء هم الذين نووا الكتمان قبل العقد، واستكتموا الشهود بعده دون الزوج، لم يكن لذلك تأثير، إذ ليست المرأة مالكة للطلاق. وما حكى أبو إسحاق التونسي عن سحنون، من تزوج بحر لم تعلم به المرأة، فنكاحه فاسد، وهو خلاف ما مضى من قوله في رسم العشور، من سماع عيسى، مثل قول ابن الماجشون. وقد مضى القول على ذلك هنالك وبالله التوفيق.

---

(٣١) في ق ١ الحرة.

مسألة

قال أصبغ: وسمعت أشهب وسئل عمن تزوج جارية على أنها بكر فدخل عليها فزعم أنه وجدها ثيباً ولا عذرة لها، قال: تلزمه، ولا شيء له، قيل: فأتى[٣٢] إلى أبيها فقال زوجتني على أنها بكر، فلم أجدها ذلك فردوا علي مالي. فقال أبوها صدقت، كانت تكنس في البيت فدخل ذلك منها شيء، فذهب منها وهي لا تعلم، فأمسك يا هذا مالك ولا تتكلم. قال: يرجع الأب على الزوج. فيأخذه، ولا شيء للزوج في ذلك قال أصبغ: لا أرا ذلك، ولا يعجبني ما قال من وجهين: من وجه أنه إن كان شرطاً مشروطاً عليه نكح باشتراط في النكاح، فله الرد، وهو كاشتراط البياض وصحة العينين وألَّا عيوب وكاشتراط المال يكون لها، إن لها كذا وكذا اشتراطا عليه يتزوج، فيجده على غير ذلك وإن لم يكن اشتراطاً في العذرة. فقد دفعه الأب طائعاً. فليس له بالجهالة رجوع، ولا يصدق، ويحمل على إرادة الستر منه لأنه قد صارت كالفرقة لأن ذلك يكون له فرقة، وترجع به المرأة على الأب إن كان انتزعه منها فأعطاه إياه.

قال محمد بن رشد: الشرط في النكاح، هو أن يتزوج الرجل المرأة على أنها على صفة كذا أو على أن لها من المال كذا، أو على أن لا يفعل كذا وكذا أو على[٣٣] أن لا يمنعها كذا وكذا، وما أشبهه. قال: فالذي تزوج المرأة على أنها بكر، فقد شرط ذلك، ولا اختلاف بينهم فيمن تزوج امرأة بشرط أنها على صفة فلم يجدها على تلك الصفة، أن له الردَّ. وإنما قال أشهب: إنها تلزمه ولا شيء له، لأن البكر في اللسان هي التي لم يكن لها زوج، عذراء

(٣٢) في ق ١ فإن أتى.

(٣٣) في ق ١ وعلى أن لا يمنعها من كذا، أو على وجه كذا وما أشبه ذلك.

كانت أو غير عذراء، فلم يعذره بالجهل، ورآها لازمة له حتى يتزوج على أنها بكر عذراء. قال ابن لبابة: أو يقع في الشرط بيان، بأن يقول على أنها بكر، فإن لم تكن بكراً رددتها، وذلك نحو ما في نوازل سحنون من كتاب العيوب، في الذي يشتري العبد فيقول للتاجر: هل فيه من عيب؟ فيقول: هو قائم العينين، فيسأل عن قائم العينين، فيقال: هو الذي لا يبصر إن البيع لازم، وليس له أن يرده. ولو وصفها الولي عند الخطبة بأنها عذراء، ولم يشترط ذلك عليه لجَرَا ذلك على الاختلاف في الذي يصف وليته بالجمال والمال، فتوجد على خلاف ذلك. وقد مضى القول في ذلك في رسم يوصي من سماع عيسى. فإذا لم يكن الشرط عاملاً في العذرة، ورد الأب الصداق إلى الزوج على ما طلب، فلا يخلو ذلك من ثلاثة أوجه: **أحدها** أن يكون رده إليه على شرط الفراق كالفدية، **والثاني** أن يكون ردّه إليه على أن تكون زوجته بحالها باقية في عصمته. **والثالث** أن يكون رده إليه على غير بيان. فأما إذا رده إليه على شرط الفراق، فهو له، لا يرجع به عليه، لأنه أخذه على عوض، وهو الفراق وترجع الزوجة على أبيها به، لأنه أتلفه عليها بغير حق. وأما إذا رده إليه على أن تكون زوجته بحالها باقية في عصمته، فللأب أن يرجع به عليه، يأخذه لابنته، عذر بالجهل في الخطأ على مال ابنته أو لم يعذر على ما ذهب ابن القاسم الذي لا يجيز هبة الأب مال ابنه الصغير. وأما على مذهب مطرف وابن الماجشون، الذي يرا عطيَّة الأب مال ابنه الصغير سائغة للمعطي، وعلى الأب عوض ذلك من ماله، اشترط له العوض أو لم يشترطه. فإن عذر بالجهل كان له الرجوع على الزوج بما دفع إليه، وإن لم يعذر بالجهل كان له ما رد إليه، ولزمه غرم ذلك لابنته. وقد اختلف في ذلك، والاختلاف فيه إنما يعود إلى هل يصدق فيما ادّعاه من الجهل أم لا؟ وأما إذا رده إليه على غير بيان، فحمله أشهب على غير الفدية، وأوجب للأب الرجوع بما رده إليه، وحمله أصبغ على الفدية وجعل للزوج ما رد إليه الأب من الصداق، بما ألزمه نفسه من الفراق، وأوجب على الأب غرم ذلك لابنته. وهذا كله إذا لم يحمل تزويجه إياها على أنها بكر شرطاً في العذرة، وأما إذا حمل على أنه شرط في

العذرة، فالذي فعله الأب من ردّ الصداق إليه على الفدية سائغ للزوج وماض على الابنة، لأنه هو الواجب في ذلك، وليس في قول أصبغ بيان على ما يحمل الشرط من ذلك، إن كان على ما يقتضيه اللسان، على ما ذهب إليه أشهب، أو على ما يعرفه عامة الناس من أن البكر هي ذات العذرة. وقوله: لأنه قد صارت كالفرقة صحيح عند محمد. وفي بعض الكتب كالفدية، وهو أصح في المعنى. ولا حد على الذي ادعا أنه وجد زوجته البكر ثيباً، لأن العذرة قد تذهب بغير الجماع، فإن أعاد ذلك عليها في العتاب، أو بعد فراقها بسنين، حلف ما أراد بذلك قذفها، وسقط عنه الحدّ. وقع ذلك في المدونة لمالك وابن القاسم. وهذا كله ما لم يتبين أنه أراد به الفاحشة والله أعلم.

مسألة

قال أصبغ: سألت عن رجل تزوج امرأة وله امرأتين(٣٤) سواها قد عرفَت إحداهما فشرط لها أن امرأته طالق، ثم قال: أردت بإحداهما فلانة، لغير التي تعرف. قال: ذلك له، ويحلف، أنه إنما أراد الأخرى، يعني التي لم تعرفها ويكون القول قوله. وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: هذا بيّنٌ على القول بأن اليمين على نية الحالف، ويلزم على القول إن اليمين على نية المحلوف له أن يُطلّقا عليه جميعاً: احداهما بما نوا والأخرى بما نوت الزوجة المحلوف لها. والله أعلم.

مسألة

وسئل عن الذي يشترط لامرأته أن كل امرأة يتزوجها عليها فأمرها بيدها، فأذنت له أن ينكح فنكح، ثمّ أرادت أن تطلق عليه، قال: ذلك لها وكذلك لو شرط لها أن كل جارية يتسررها عليها

(٣٤) كذا.

فأمرها بيدها، إن شاءت أعتقت وإن شاءت أمسكت، فأذنت له أن يشتري جارية ويتسررها ففعل، فأرادت أن تعتق عليه، قال: ذلك لها، قيل له: فإن اشترط لها إن تزوج أو تسرر عليها فأمر(٣٥) الجارية وعتقها بيدها، فقالت: اشهدوا أنه إذا تزوج أو تسرر فقد طلقت عليه وأعتقت، ثمّ تزوج أو تسرر قال ذلك الطلاق والعتق باطل، إلا ما يطلق أو يعتق من ذي قبل، حين تزوج أو تسرر وقاس قوله في هذا الأصل كله بنظيره ونحن نخالفه.

قال محمد بن رشد: إنما رأى لها أن تطلق عليه وتعتق، ما تزوج أو تسرر، بعد أن أذنت له في التزويج والتسرر، من أجل أنه لم يستثن في الشرط إذنها، ولو استثناه فقال فيه: إلا بإذنها، فأذنت له، لم يكن لها أن ترجع، ولزمها الإذن على مذهبه، إذ لا اختلاف في ذلك، وإنما الاختلاف إذا لم يكن في الشرط إلا بإذنها، فرأى أشهب أن لها أن ترجع فتأخذ بشرطها وإن أذنت، بخلاف ذلك إذا كان في الشرط إلا بإذنها، ولم ير ذلك لها مالك، بمنزلة إذا كان في الشرط إلا بإذنها، فساوى مالك بين الوجهين جميعاً، وفرق بينهما. وقد مضى القول على هذه المسألة موعباً في أوّل رسم من سماع ابن القاسم. وأما إذا قالت: اشهدوا أنه إذا تزوج أو تسرر فقد طلقت وأعتقت، فينفذ عليه الطلاق والعتق عند مالك، خلاف قول أشهب. والاختلاف في هذا كله جار على أصل مختلف فيه وهو الاختلاف في لزوم إسقاط الحق قبل وجوبه. وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسمعت أشهب وسئل عن السفيه أيزوج أخته؟ قال: نعم حسبته قال: إن كان ذا رأي فيما أعلم، ولا مولى عليه. وإن كان سفيهاً، وإلا فلا.

---

(٣٥) في ق ١ فأمر المرأة وعتق الجارية بيدها.

قال محمد بن رشد: القائل حسبته قال إلى آخر قوله، هو أصبغ وفي قوله التباس، لأنه عبّر عن الظن بالعلم، وقدَّم وأخر، فتقدير قوله حسبت أشهب، زاد فيها أظن على قوله نعم، وهذا إن كان ذا رأي ولم يكن مولى عليه فزوجها وإن كان سفيهاً، وإلا فلا، فعلى هذا لم ير للسفيه إن كان في ولاية أن يزوج، وإن كان ذا رأي، ورأى للسفيه إذا لم يكن في ولاية أن يزوج أخته إذا كان ذا رأي، وكذلك ابنته البكر قبل البلوغ وبعده، وقد قيل: إن للسفيه المولى عليه أن يزوج أخته وابنته البكر قبل البلوغ وبعده، إذا كان ذا رأي. وهذا على القول بأن وصيه ليس بوصي على ولده، وقد مضى الاختلاف في ذلك في رسم المحرم من سماع ابن القاسم من كتاب النذور. فإن زوج السفيه المولى عليه، ولا رأي له، ابنته البكر، أو أخته، أو مولاته أو أمته، فسخ النكاح، وقيل ينظر فيه. وإن زوج السفيه المولى عليه وله رأي على مذهب من لا يرى له أن يزوج أخته، مضى النكاح، وإن زوج ابنته البكر، أو أمته نظر فيه، فإن كان صواباً أمضي[٣٦] وإن زوج السفيه الذي ليس بمولى عليه ولا له رأي ابنته البكر، نظر فيه، وإن زوج أخته مضى، إلا أن يكون غير صواب، وإن زوج أمته، جرا ذلك على الاختلاف في جواز فعله في ماله، فلا اختلاف في أن المولى عليه إذا لم يكن له رأي لا يجوز له أن يزوج ابنته ولا أخته ولا أمته، ولا اختلاف في أن السفيه يجوز له أن يزوج ابنته البكر قبل بلوغها وبعده، وأخته ومولاته، إذا لم يكن في ولاية، وكان ذا رأي. ولوصي[٣٧] اليتيم المولى عليه أن يزوج إماءه باتفاق، واختلف هل له تزويج بناته الأبكار بعد بلوغهن، فيزوجهن على القول بأنهن في ولايته، ولا يزوجهن على القول بأنهن ليس في ولايته. وأما أخواته وعمامته ومولياته فلا يزوجهن، فإن فعل مضى ولم يفسخ. قاله ابن الهندي. واحتج له بمسألة كتاب الوصايا الأول من **المدونة** وهو بعيد، وإنما الاختلاف في الوصي المطلق، وذلك إذا قال الرجل فلان وصيي، هل له أن يزوج من لا ولاية له عليهن من قرابة الموصي ومولياته

(٣٦) في ق ١ مضى.

(٣٧) في ق ١ وللوصي أن يزوج إماءه باتفاق.

على ثلاثة أقوال: **أحدها** إن له أن يزوجهن، وهو أولى بذلك من الأولياء، وهو مذهب ابن القاسم، وإليه ذهب ابن حبيب. **والثاني** إن له أن يزوجهن، إلا أن الأولياء أحق بذلك منه، وهو قول أصبغ. **والثالث** إنه ليس له أن يزوجهن، وهو قول سحنون. وأما الصغير، فليس من الأولياء، لأن شروط صحة الولاية في النكاح خمسة، وهي: الذكورة، والبلوغ والعقل، والحرية والإسلام. وليست العدالة ولا الرشد في المال بشرط في صحتها. فإن زوَّج الفاسق أو السفيه، وهما ذوا رأي، مضى النكاح، وإن كان الاختيار أن يكون عدلاً رشيداً. واختلف في عدم الولاية على الولي، هل هي شرط في صحة ولايته أم لا على ما مضى من الاختلاف والتقسيم في ذلك وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: وسمعت أشهب، وسئل عن الذي اشترط لامرأته إن تزوج عليها فأمرها بيدها، فسافر سفراً فتزوج ووطىء، وهي لا تعلم، ثمّ قدم فعلمت قال: فأمرها بيدها. قال: وإن ماتت المرأة التي تزوج عليها أو فارقها دون أن تعلم، ثم علمت، فلها الخيار أيضاً. قال أصبغ: وهذا في التي أمرها بيدها في الشرط.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن القضا قد وجب عليها في نفسها بتزويجه عليها، فلا يسقط ما وجب لها من ذلك موت المتزوجة ولا طلاقها، وإنما اختلف إذا شرط لها أن يكون أمر الداخلة عليها بيدها فتزوج عليها ثمّ طلقها، هل يسقط ما كان بيدها من طلاق الداخلة عليها أم لا؟ فقال ابن القاسم في آخر هذا السماع: إن ذلك بيدها بعد الطلاق. وهو قوله أيضاً في كتاب ابن سحنون. وقال ابن الماجشون في ثمانية أبي زيد: وليس لها ذلك بعد الطلاق. وقال سحنون: إن كان الطلاق بائناً فلا حكم لها في ذلك، وإن كان غير بائن فلها ذلك. وقول سحنون مفسر لقول ابن الماجشون، فالاختلاف إنما هو في الطلاق البائن والله أعلم.

مسألة

وسئل أشهب عمن أقر في مرضه، بأنه قد قبض صداق ابنته ومات، قال إن كان له مال أخذ من ماله، وإن لم يكن للزوج إليها سبيل إلا بالصداق يدفعه ويتبع به الميت المقر، قال أصبغ: هذه عندي مثل المسألة التي أوصى أن يزوج ابنته ابن أخيه. ويمهر عنه من ماله، وقد قال فيها أيضاً إنها وصية لابنته، فإحداهما ترد الأخرى من قوله، وهذه غفلة، هي ها هنا أولى بأن تلحق بالأخرى، ولا أرى أن يجوز إقراره إذا كان في مرض يحجب عنه القضاء في ماله، فهي تهمة كتهمة وصية، وتصير كأنها وصية لها وتوليجاً، وإن كان ابن وهب قال لي مثل قول أشهب في إجازته لم يزل ذلك قول ابن وهب.

قال محمد بن رشد: قول أشهب في الذي أقر في مرضه أنه قبض صداق ابنته ومات، إنه يوخذ من ماله إن كان له مال، معناه: إن كان الزوج موسراً له مال، لأنه إذا كان موسراً فلا تهمة على الأب في إقراره، لأنه حق للزوج، أقر له به، لا منفعة للابنة فيه، لأنها إن لم تأخذ صداقها من مال أبيها أخذته من زوجها، لتقرره لها عليه، وثبوته في ذمته قبل الإقرار، وأما إن كان معدماً لا مال له، فهي وصية لابنته، لا يؤخذ لها ذلك من ماله لأنه يتّهم أن يكون إنما أراد أن يولج إليها من ماله الصداق الذي قد نوا بكونه على معدم فلا تشبه هذه المسألة مسألة الذي أوصى أن تزوج ابنته ابن أخيه، ويمهر عنه من ماله، لأن الصداق لم يكن واجباً على الزوج قبل الوصية، وإنما وجب للابنة في مال الأب بقبول الزوج النكاح على ذلك، فلذلك قيل فيه إنها وصية للابنة، ولو زوَّج رجل ابنته من رجل بصداق سماه، ثم أوصى في مرضه أن يؤدى من ماله الصداق على الزوج لابنته، والزوج موسر لجاز، وكانت وصية للزوج باتفاق، فتفرقة أشهب بين المسألتين صحيحة، وما نسب إليه أصبغ من الغفلة في ذلك لائقة به في المساواة بينهما على ما ذكرناه. والله أعلم. وقول

أشهب: وإن لم يكن له مال لم يكن للزوج إليها سبيل إلا بالصداق يدفعه ويتبع به الميت المقر هو على أصله في المسألة التي بعدها خلاف مذهب ابن القاسم وسيأتي الكلام على ذلك إن شاء الله وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: قال لي أشهب في قبض الآباء صدُقات البنات، إن ما قبضوا ببينة أو بغير بينة، فليس ذلك بسواء، يريد ان ما قبضوا ببينة فزعموا أنه ضاع، إن ضياعه من الابنة، وليس على الزوج من الضياع شيء ولا على الأب، ويدخل الزوج بامرأته. وإن كان بغير بينة ولم يكن للزوج إليها سبيل إلا بدفع الصداق. وقال ابن وهب مثله سواء حرفا بحرف، سألتهما عنهما فاجتمعا لي على هذا القول، وزاد ابن وهب في التفسير والكلام، ولا شيء على الأب في الضياع. وإن كان الدفع بغير بينة، فالقول قوله، غير أنه لا سبيل للزوج إلى المرأة إلا بدفع الصداق، ولا يصدق الأب على أنه قبضه كانت مسألته في الإنكار، وهو كله رأي أصبغ.

قال محمد بن رشد: قول أشهب وابن وهب هذا إن الزوج لا يبرأ من صداق زوجته البكر بإقرار أبيها بقبضه إذا ادّعا تلفه، خلاف قول ابن القاسم في آخر هذا السماع، وفي أوّل رسم منه، وخلاف ظاهر قول مالك في **المدونة** وغيرها: إن الغريم يبرأ من الدين الذي عليه بإقرار الوصي والوكيل المفوض إليه بالقبض، وإن ادعيا التلف، بخلاف الوكيل الذي ليس بمفوض، فحكم ابن وهب وأشهب للأب في إقراره قبض صداق ابنته البكر قبل الدخول، بحكم الوكيل الذي ليس بمفوض إليه. ولا اختلاف بينهم في أنه يبرأ من الصداق بعد الدخول بإقرار الأب أو الوصي يقبضه منه وإن ادّعا تلفه. وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: وسئل ابن القاسم عن المرأة تصدق الصداق عيناً

فيتلف منها، ثمّ يطلقها قبل الدخول، أيرجع عليها بشيء؟ قال: نعم هي ضامنة، إلا أن يأتي أمر(٣٨) معروف يعرف هلاكه وتلفه ببينة تقوم على ذلك بغير ضيعة منها فلا ضمان عليها. قال أصبغ: لا يعجبني وأراها ضامنة وغارمة على كل حال، قامت بتلفها ببينة أو لم تقم. بضيعةٍ أو بغير ضيعة. وليس العين في هذا كالعرض والحيوان العين عين مضمونة ساعة تستوفيه، ومال من مالها، والزكاة جائزة عليها، فلو زكتها أعواماً ثمّ طلقها لم يكن عليه من ذلك(٣٩) الزكوة شيء ولم تدخل الزكوة عليه كما تدخل في المواشي للضمان والاعتقاد فأراها عليها على كل حال، تبعها بضعها. ولو اشترت جهازاً بأمر ظاهر معروف أو منسوب، ثمّ سرق الجهاز، أو أصابه أمر فضاع أو تلف، لم أر عليها ضماناً ولا غرماً وكان كما لو أصدقها إياه بعينه فتلف بعد ذلك. وقال(٤٠) ابن الماجشون: كل ما يضمنه المستعير فالمرأة إذا أصدقته فهي له ضامنة إذا ضاع عندها، إلا أن تقوم لها بينة على هلاكه، وعليها أن تخلف ذلك من مالها إذا لم تقم لها بينة على هلاكه، يشتري(٤١) به جهازاً لزوجها لم(٤٢) يفرق ابن الماشجون بين العرض والعين، كما فرقه أصبغ، وكما لا يضمنه المستعير إذا ضاع عنده، فلا ضمان على المرأة فيه إذا أصدقته وضاع عندها.

قال محمد بن رشد: قول ابن الماجشون في مساواته بين العين وما يغاب عليه من العرض إن المرأة ضامنة له، إلا أن تقوم البينة على تلفه على ما

---

(٣٨) في ق ١ بأمر.

(٣٩) في ق ١ تلك.

(٤٠) في ق ١ قال محمد: وقال ابن الماجشون.

(٤١) في ق ١ فتشتري.

(٤٢) في ق ١ ولم.

تأول عليه العتبي مفسراً لقول ابن القاسم، وذلك على قياس قوله وروايته عن مالك في المدونة إن المرأة والزوج شريكان فيما أصدقها قبل الدخول، تكون غلة ذلك بينهما والمصيبة منهما إن طلقها قبل الدخول، وعلى قياس قول غير ابن القاسم الذي يرى الغلة لها، يكون الضمان منها فيما يغلب عليه من العروض وإن قامت البينة على تلفه. وفيما لا يغاب عليه من الحيوان، وهو قول مالك في أول رسم من سماع أشهب أخذ بذلك. وقد مضى القول على ذلك هنالك، ولم يعجب ابن حبيب تفرقة أصبغ بين العين وما يغاب عليه من العرض، على أنها أظهر من قول ابن القاسم، لأنها لو باعت العرض الذي أصدقها بعين أو عرض ثمّ طلقها، كان له أن يأخذ نصف ما باعته به، ولو صرفت العين أو اشترت به عرضاً لغير جهازها ثمّ طلقها، لما كان له إلا نصف ما نقدها من العين، فكما يكون لها ربح العين، فكذلك يكون عليها ضمانه. والظاهر من قول ابن الماجشون إنها ضمانة للعين، بخلاف العرض مثل قول أصبغ، خلاف ما تأول عليه العتبي من أنه لم يفرق بين العين والعرض، لأنه مثل ذلك بالعارية، فقال: إن كل ما يضمنه المستعير، فالمرأة له ضامنة، ومستعير الدنانير والدراهم ضامن لها، وإن قامت البينة على تلفها، لأن الربح لها. فأما استدلال أصبغ بالزكوة فلا يلزم ابن القاسم، لأن الذي يأتي على مذهبه ان ما أدت من زكوة العين إذا قامت البينة على ذلك، بمنزلة ما تلف منه بالبينة والله أعلم.

مسألة

قال ابن القاسم: وإذا قال لها إن تزوجت عليك فأمرك بيدك، فأذنت له قبل ما يريد التزويج بكثير، ثمّ طال، فأرادت أن ترجع لما طال ذلك، قال: لم يكن لها أن ترجع ومن القوة في ذلك لو أذنت له أن يفعل متى ما أراده قبل أن يريد أن يفعل، ثمّ فعل بعد ذلك، فأرادت الرجوع لم يكن لها ذلك وليس بيدها شيء إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها ليس لها أن ترجع إذا أذنت له ففعل خلاف ما تقدم لأشهب في هذا الرسم، وقد مضى القول في هذه المسألة موعباً في أوّل رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: وسمعت ابن القاسم، وسئل عن الذي يدعى إلى الصنيع فجاء فوجد فيه لَعِباً، أيدخل؟ قال: إن كان شيئاً خفيفاً مثل الدف والكَبَر الذي يلعب به النساء، فما أرى به بأساً. قال أصبغ: ولا يعجبني، وليرجع. وقد أخبرني ابن وهب أنه سمع مالكاً يسأل عن الذي يحضر الصنيع فيه اللهو، فقال ما يعجبني للرجل ذي الهيئة يحضر اللعب، وأخبرني ابن وهب عن مالك وسئل عن ضرب الكَبَر والمزمار، أو غير ذلك من اللهو، ينالك سماعه، وتجد لذته وأنْتَ في طريق أو مجلس غيره، قال مالك: أرى أن يقوم من ذلك المجلس. قال أصبغ: وأخبرني ابن وهب عن بكر بن مضر، عن عمرو بن الحارث، أن رجلاً دعا عبدالله بن مسعود إلى وليمة، فلما جاء سمع لهواً فرجع، فلقيه الذي دعاه فقال له: ما لك رجعت، ألا تدخل؟ فقال إنِّي سَمِعْتُ رَسُولَ الله عَلَيْه السَّلَامُ يَقُولُ: «**مَنْ كَثَّر سَوَادَ قَوْم فَهُوَ مِنْهُمْ، ومَنْ رَضِي عَمَلَ قَوْمٍ كَان شَريك مَنْ عَمِلَهُ**»(٤٣). قال أصبغ: وأخبرني ابن وهب عن خالد بن حميد عن يحيى بن أبي أسيد، أن الحسن البصري كان إذا دُعي إلى الوليمة

(٤٣) ذكر الحافظ السخاوي شمس الدين محمد بن عبد الرحمن. ت (٩٠٢) في كتابه [المقاصد الحسنة] صدر هذا الحديث، ثم ساق آخره هكذا [ومن رضي عمل قوم كان شريك من عمل به] ثم قال: وها كذا هو عند الديلمي بهذه الزيادة، ولابن المبارك في المزهر عن أبي ذر نحوه موقوفاً. ثم زاد قائلاً: وشاهده حديث [من تشبه بقوم فهو منهم].

يقول أفيها برابط(٤٤) فإن قيل نعم، قال لا دعوة لهم ولا نعمة عين. قال أصبغ: ما جاز للنساء مما جُوز لهن من الدف والكبر في العرس، فلا يجوز للرجل عمله. وما لا يجوز لهم عمله، فلا يجوز لهم حضوره، ولا يجوز للنساء غير الكبر والدف، ولا غناء معهما ولا ضرب ولا برابط ولا مزمار، وذلك حرام محرم في الفرح وغيره، إلا ضرب الدف والكبر هملاً وبذكر الله وتسبيحه، وحمداً على ما هدا. أو برجز خفيف لا بمنكسر ولا طويل، مثل الذي جاء في جواز الأنصار «**أتيْنَاكُـمْ أَتَيْنَاكُم تُحَيُّونَا نُحَيُّوكُم وَلَولا الْحبَّة السَّمْـرَا لَمْ نَحْلُلْ**(٤٥) **بِوَادِيكُم**» وما أشبه ذلك. ولا يعجبني مع ذلك التصفيق بالأيدي وهو أخف من غيره. قال أصبغ: وقد أخبرني عبدالله بن وهب عن الليث(٤٦) أن عمر بن عبد العزيز كتب بقطع اللهو كله إلا الدف وحده بالعرس. فهذا رأيي وأحب إلى العامة والخـاصة العمـل به، ولا أرى به بأساً في الملاك على مثل العرس، وما فسرنا فيه فهو منه. وقد حدثني عيسى بن يونس عن خالد بن الياس العذري عن ربيعة بن أبي عبد الرحمان عن القاسم بن محمد بن أبي

---

(٤٤) في القاموس: البربط كجعفـر: العود، معرب بربط أي صدر الإوز لأنه يشبهه.

(٤٥) ساق الإمام البخاري في «كتاب النكاح» من صحيحه، قصة الأنصاري: نبيط بن جابر، الذي زُفَّتْ إليه عائشة الفارعة بنت أَسعد بن زرارة ها كذا:

[باب النسوة اللاتي يُهدين المرأة إلى زوجها].

«عن عائشة أنَّها زَفَّت امرأة إلى رجل منَ الأنصار، فقال نبيُّ الله ﷺ **يَا عائشة: ما كان معكم لهوٌ. فإن الأنصارَ يُعجبُهم اللهُو**» قال شارحه القسطلاني: وفي رواية شريك [فقال: فهل بعثْتم معها جاريةً تضربُ بالدُّف وتغنّي، قلت: تقولُ ماذا؟ قال:

تـقـول: أَتينـاكـم أتيـنـاكـمْ فـحـيُّـانـا وحَـيُّـاكـمْ
ولـولاَ الـذهـبُ الأحمـرُ مـا حـلَّتْ بـواديـكـم
ولـولاَ الحِـنـطةُ الـسـمـراءُ مـا سـمـنـت عـذاريـكـم»

(٤٦) في ق ١. الليث بن سعد.

بكر الصديق عن عائشة أن الرسول عليه السلام قال: «**أَظْهِروا[٤٧] النُكَاحَ وَآضْرِبُوا عَلَيْه بالْغِرْبَالِ**». ابن وهب عن عبدالله بن الأسود المالكي عن عامر بن عبدالله بن الزبير عن أبيه عن الزبير بن العوام عن رسول الله عليه السلام قال: «**اعْلِنُوا[٤٨] النِّكَاحَ**» قال أصبغ: فالإعلان به عندي[٤٩] الملاك والعرس جميعاً أن يعلن بهما، ولا يستخفى بهما سراً في التفسير ويظهر بهما ببعض اللهو، مثل الدف والكبر للنساء. والغربال هو الدف المدور، وليس المزهر والمزهر مكروه وهو محدث، والفرق بينهما أن المزهر أَلْهَا وكل ما كان أَلْهَى فهو أغفل عن ذكر الله وكان من الباطل، وما كان من الباطل فمحرم على المؤمنين اللهو والباطل. قال عليه السلام: «**كُلُّ لَهْـو يَلْهُو بِهِ الْمُؤمِنُ حَرَامٌ إلاَّ ثَلاَث**»[٥٠] قال القاسم بن محمد: إذا أجمع الحق والباطل يوم القيامة، كان الغنا من الباطل، وكان الباطل في النار. قال أصبغ: والباطل كله محرم على المؤمنين. قال الله تعالى ﴿ **أَفَحَسِبْتُمْ أَنَّمَا خَلَقْنَاكُم عَبَثاً** ﴾[٥١] كما أن القمار محرم للهو وميسره فهو لهو كله.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في اللهو والعرس، وما يجوز

---

(٤٧) ذكره الترمذي في صحيحه عن عائشة هاكذا: «أعلِنوا النكاح واضربوا عليه بالغربال» لاكنه ضعَّفه.

(٤٨) قال العزيزي: معناه: أظهروا عقد النكاح إظهاراً للسرور. والحديث كما ذكر السيوطي في الجامع الصغير، من رواية عبدالله بن الزبير رواه أحمد في مسنده، وابن حبان في صحيحه، والطبراني في الكبير، وأبو نعيم في الحليلة، والحاكم.

(٤٩) في ق ١ فالإعلان له يجمع عندي.

(٥٠) رواه الترمذي في «فضائل الجهاد» من صحيحه هكذا:

«كلُّ ما يَلْهُو بِهِ الرَّجلُ المُسْلمُ باطِلٌ، إلاَّ رَمْيَهُ بِقَوْسِهِ، وتَأدِيبَهُ فَرَسَهُ، ومُلاَعَبَتَهُ اَهْلَهُ، فانَهنَّ مِنَ الحَقِّ».

(٥١) المؤمنون: ١١٥

من عمله وحضوره، موعباً في رسم طلق ابن حبيب من سماع ابن القاسم. وفي رسم سلف ديناراً من سماع عيسى، فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ها هنا والثلاث التي أبيح اللهو بها في الحديث المذكور: **ملاعبة الرجل امرأته، وتأديبه فرسه، ورميه عن قوسه**. وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن وهب وسئل عن الجارية إذا كانت بكراً لا قضاء لها في مالها، أو يتيمة مولى عليها، أو صغيرة لم تبلغ المحيض، إلا أنه قد بلغ مثلها أن توطأ، فأقرت له بعد الخلوة وإرخاء الستور، بأنه لم يمسَّها، أينفعه تصديقها إياه، وإقرارها له أو لا ينفعه لأنها تسقط عنه بذلك نصف الصداق؟ قال: لا، بل ينفعه، ويسقط عنه نصف الصداق، ولا يلزمه إلا نصفه، لأن هذا مما لا يستدل على صدقه ولا على كذبه إلا بقولهن، فهن فيه مامونات مقبول قولهن، كما هنَّ مامونات على الحيض والعدة والولادةوما أشبه ذلك، جعل الله ذلك إليهن. قال ومن الدليل أيضاً على ذلك ما فسرت لك من أن الصداق لا يجب مع الخلوة وغلق الباب وإرخاء الستر إلا بدعوى المرأة المسيس، فلو كان يجب بالخلوة بغيردعوى المرأة المسيس ما نفعه طرح البكر السفيه والصغيرة التي ذكرت لك عنه لأنهن يطرحن شيئاً قد وجب، وهن ممن لا طرح لهن، ولا قضاء في أموالهن، فلما كان لا يجب إلا بدعواهنَّ، سقط بإقرارهن وتصديقهن الزوج بترك المسيس، لا بل بسكوتهن عن ادعائه يسقط فضلاً عن غيره من الأشياء والله أعلم. قال أصبغ: ورأيي في جميع هذه المسألة من أولها إلى آخرها على قول ابن وهب وروايته عن مالك.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الصداق لا يجب إلا بدعوى الزوجة

المسيس، بكراً كانت أو ثيباً، كبيرة أو صغيرة، رشيدة أو سفيهة، ذات أب أو يتيمة، صحيح لا اختلاف فيه في مذهب مالك، لأن إرخاء الستر عند مالك وجميع أصحابه لا يوجب الصداق، وإنما هو شبهة يوجب أن يكون القول قول الزوجة في المسيس، كشاهد، واليد، ومعرفة العفاص والوكاء، مع يمينها إن أنكر الزوج المسيس. قاله في كتاب ابن المواز، وكتاب ابن الجهم، ورواه عيسى عن ابن القاسم في الذي يغيب على المرأة غصباً(٥٢) فإن كانت صغيرة حلف الزوج وأدّى نصف الصداق، إلى أن تبلغ فتحلف وتأخذ نصف الصداق الثاني(٥٣) فإن نكلت عن اليمين لم يكن للزوج أن يحلف ثانية، وإن نكل أولاً عن اليمين غرم جميع الصداق، ولم يكن له أن يحلفها إذا بلغت، حكم الصغير يقوم له بحقه شاهد، وقد قيل إنه لا يمين عليها إن كانت صغيرة، وهو بعيد، لأن الصغر لا يسقط اليمين الواجبة مع الكبر، فلا فرق بين الصغيرة والكبيرة، إلا فيما ذكرناه من تأخير الصغيرة باليمين. وقد روي عن أحمد بن المعدل أنه لا يمين عليها وإن كانت كبيرة، وهو بعيد، ماله وجه، إلا مراعاة قول من يرى الصداق واجباً لها بالخلوة وإن لم يكن مسيس، وهو قول أبي حنيفة وأصحابه على ظاهر قول عمر بن الخطاب: إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق، فإذا أقرَّتْ أنه لم يمسها لم يكن لها إلا نصف الصداق، إلا أن يُقر الزوج أنه قد مسّ وهي أمة أو مولى عليها بأبٍ أو وصي، فيكون لسيد الأمة أو ولي المرأة أن يأخذ الصداق منه بإقراره، ولا يكون لها أن تسقط حقاً قد أقر لها به الزوج، قاله سحنون ومطرف. وخالفه في ذلك ابن الماجشون وغيره، ولا اختلاف في أن خلوة البناء توجب أن يكون القول قول المرأة في دعوى المسيس. واختلف إذا خلا بها ولم تكن خلوة بناء، على أربعة أقوال **أحدها** أن القول قولها حيث ما أخذهما الغلق، كان في بيته أو في بيتها، وهو أحد قولي مالك وبه أخذ مطرف وابن الماجشون، وابن عبد الحكم، وأصبغ، على ظاهر قول عمر بن الخطاب: إذا أرخيت الستور فقد وجب الصداق.

(٥٢) في ق ١. غضباً.
(٥٣) في ق ١ وتأخذ النصف الثاني.

والثاني: إن القول قول الزوج حيثما أخذهما الغلق، ما لم تكن خلوة بناء، وهو قول عيسى بن دينار. **والثالث**: الفرق بين أن يكون أخذهما الغلق في بيته، أو في بيتها. وهو قول مالك الثاني، ومذهب ابن القاسم، على ما روي عن سعيد بن المسيب. **والرابع**: إنها إن كانت ثيباً فالقول قولها، وإن كانت بكراً نظر إليها النساء، فإذ رأيْن لها أثر آفتضاض صُدقتْ عليه، وإن لم يريْن لها أثر افتضاض، لم يكن لها إلا النصف من الصداق. حكى ذلك عبد الوهاب عن مالك وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سألت أشهب وابن وهب عن المريض يوصي إن حدث به حدث الموت، فقد زوجت ابنتي من ابن أخي، وأصدقتها عنه مائة دينار من مالي، فيموت، فقالا: النكاح جائز. قال أشهب: ولا يكون لها من مال الأب شيء، ولا يؤخذ الصداق من ماله، ويقال لابن الأخ: أعط الصداق من مالك والنكاح ثابت، فإن أبى ترك النكاح، ولا شيء عليه. وقاله ابن القاسم حرفاً بحرف اجتمعا عليه.

وقال ابن وهب: يؤخذ من مال الميت وهي وصية لزوج.

قلت لابن وهب: فإن أبى أن يكون(٥٤) له من المال شيء قال: لا.

قلت: أفترا الآن إنها وصية للبنت، لو كانت وصية للزوج، كانت ها هنا(٥٥) فقال: إنما هي له وصية على شيء، إن فعله تمت له، وإلا لم تتم له، كالذي يقول: إن أحسن فلان كفالة ولدي والقيام معهم وكفلهم بأعيانهم فقد زوجته ابنتي، أو قد وصلته بكذا

---

(٥٤) في ق ١ أيكون له من المال شيء؟

(٥٥) في ق ١ له هاهنا.

وكذا، فإن فعل كان ذلك له، وإلا لم يكن له شيء. قال أصبغ: وقول أشهب وابن القاسم، أعجب إليَّ لأنها تصير وصية للبنت، وهي المرأة فإن تمّ الفعل منه تم لها فهي وصية لوارث وأراه قول قول مالك أيضاً.

قال محمد بن رشد: قد مضى قبل هذا في هذا السماع ما فيه بيان لهذه المسألة، ومضى القول فيها مستوفى في رسم العارية من سماع عيسى فلا معنى لإعادة ذلك هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: الوصي بمنزلة الأب في جميع أمور الولد الصغار، كلما جاز للأب فيهم جاز للوصي، إلا شيئاً واحداً، ليس له أن يزوج الصغيرة إلا برضاها للحديث: «**الْيَتِيمَةُ تُسْتَأْذَنُ فِي نَفْسِهَا**»(٥٦). قال أصبغ: ولو تزوجت أم الصبيان، كان الوصي أولى بحضانتهم من أمهم، جواري كانوا أو غلماناً، وإن كن الجواري قد بلغن أبكاراً، فالوصي أولى بحضانتهن من أمهن إن تزوجت، قيل له: فإن كان لهن أخ أو عم أو ابن عم عدولاً رضاً، أفلا يكون هؤلاء أولى بحضانة الجواري والصبيان من الوصي؟ قال: لا الوصي أولى بحضانتهم ويكونون عنده من إخوتهم(٥٧) وإن كانوا رضاً، وإن(٥٨) انتقل الوصي إلى بلد آخر، كان له أن يحملهم معه، الجواري والصبيان، وليس لإخوتهم، ولا عمومتهم أن يأخذوهم منه، لأنه بمنزلة أبيهم في كل شيء، إلا تزويج الإناث فقط قبل أن

---

(٥٦) في صحيح الترمذي عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «اليَتيمةُ تستأمر في نفسها، فإن صَمَتَتْ فَهُوَ إذنُها، وإن أبت فلاَ جوازَ عليها».

(٥٧) في ق ١ هو أحق لهم من إخوتهم.

(٥٨) في ق ١ قال: وإن انتقل الخ.

يبلغن، وما سوى ذلك فهو والأب سواء.

قال محمد بن رشد: قوله في أوّل المسألة في الوصي ليس له أن يزوج الصغيرة إلا برضاها، كلام وقع على غير تحصيل، لأن الصغيرة ليس له أن يزوجها وإن رضيت، إذ لا رضى لها قبل البلوغ، فهو بخلاف الأب، في أنه لا يزوج الصغيرة أصلاً، ولا البكر البالغ إلا برضاها. وقال: إنه أحق بحضانة الغلمان والجواري وإن بلغن، من الأم إذا تزوجت، ومن جميع الأولياء. وقد اختلف في ذلك، فقيل: إنما يكون الوصي إذا تزوجت الأم أحق بحضانة بنيها الذكور، وأما الإناث، فكونهن مع زوج أمهن، لأنه مَحْرَمٌ منهن أولى من كونهن مع الوصي، إذ لا حُرمة بينه وبينهن، إلا أن يخاف عليهن عند الأم غير الزوج، فيكون الوصي أولى بحضانتهن، وكذلك ابن العم، بخلاف الأخ والعم، لا اختلاف في أن الأخ والعم أحق من الأم بحضانة ابنتها إذا تزوجت. وقع هذا المعنى لمالك في كتاب ابن المواز. وهذا إذا أراد الوصي أو ابن العم أن تكون الابنة معه ومع أهله في داره، وأما إن أراد أن يعزلها في موضع من يقوم عليها من ثقات النساء ولعلهن لها قرابات، فيكون أحق لها من الأم إذا تزوجت والله أعلم.

مسألة

قلت: أرأيت الرجل يزوج ابنته البكر ويقر بقبض الصداق وذلك في صحة أو مرض. قال: إن كان في مرض اتُّهِمْتُه أن يكون إنما أراد بذلك الابنة، بمنزلة الذي يزوج ابنته ويتحمل الصداق وهو مريض، فيجوز النكاح، ولا يكون عليه الاحتمال، لأنها وصية للابنة. ولا تجوز وصيته لوارث، فإن كان صحيحاً جاز ذلك على الأب إن كان موسراً، وإن كان معسراً اتبعته به ديناً.

قلت: فإن قال الأب قبضته وضاع مني، ولم يكن عند الزوج بينة بالدفع إلا اقرار الأب. قال: إن كانت البنت بكراً لزمها ذلك،

وكان قبضه لها قبضاً، وضياعه منها ضياع، ولم يكن على الزوج شيء.

قال محمد بن رشد: قوله: إن كان في مرض اتهمتُه أن يكون انما أراد بذلك الابنة، يريد: إن كان ذلك كله في مرض التزويج، والإقرار وفي حال واحدة أيضاً، وذلك مثل أن يقول: أشهدكم أني قد زوجت ابنتي من فلان بكذا وكذا وقبضته منه، فهذا هو الذي يكون بمنزلة من يزوج ابنته في مرضه ويتحمل الصداق عنه، كما قال. ويدخل ذلك من الاختلاف ما دخله، وأما إن زوج ابنته في صحته أو في مرضه بصداق مسمى، ثم أقر بعد ذلك في مرضه أنه قبض منه، فإن كان الزوج موسراً أخذت ذلك من مال الأب إن كان له مال، واتبعته به ديناً في ذمته إن لم يكن له مال، وكان للزوج أن يدخل بها عند ابن القاسم، خلاف قول أشهب فيما تقدم إنه إن لم يكن له مال، لم يكن للزوج إليها سبيل، إلا بدفع الصداق، يدفعه ويتبع به الميت المقر، وإن كان الزوج معدماً، لم يجز إقراره في المرض، لأن ذلك وصية ابنته. وأما إن أقر في صحته أنه قبضه منه، فيبرأ الزوج بإقراره على كل حال عند ابن القاسم، ويكون للزوج أن يدخل بها، فإن ادعا الأب تلفه صُدق مع يمينه، من أجل حق الزوج. وكانت مصيبته منها. وإن لم يدع تلفه وكان معسراً، اتبعته به ديناً، ولا يكون للزوج أن يدخل بها عند أشهب وابن وهب، حتى يؤدي الصداق إن كان الأب معسراً وادّعا تلفه، فإقرار الأب في مرضه الذي مات منه بقبض صداق ابنته، يكون في حال وصيته لابنته لا يجوز، وذلك إذا كان إقراره بعد العقد والزوج عديم، وفي حال وصية جائزة للزوج وذلك إذا كان إقراره بعد العقد، والزوج موسر، وفي حال يختلف، هل يكون إقراره وصية(٥٩) له أو لها؟ وذلك إذا كان إقراره مع العقد في حال واحدة. والله الموفق.

مسألة

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن رجل شرط لامرأته أن كل

(٥٩) في ق ١ هبة.

امرأة يتزوجها عليها فأمرها بيدها، فيتزوج عليها سراً، وكتمها، ثمّ طلق التي شرط لها ذلك، قال: ذلك بيدها وإن طلقها. وقاله أصبغ.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة وما فيها من الاختلاف في هذا الرسم(٦٠) فلا معنى لإعادته.

مسألة

قال أصبغ: قلت لابن القاسم: ما تقول في الرجل يتزوج على المرأة على أن يستشير فلاناً، قال: لا يحل ويفسخ، دخل أو لم يدخل، إلا أن تكون مشورة فلان قريباً، وهو حاضر في البلد، فيرسلان إليه في فورهما ذلك، ليعلما رأيه فيجوز ذلك.

قلت: فإن كان كذلك فمات أحد الزوجين قبل أن يستشار فلان ورضي(٦١) قال: لا.

قلت: فإن قال المستشار لا أرضى، ويقول الزوج قد رضيت، أيثبت النكاح؟ قال: نعم ذلك له وهو ثابت.

قلت: فإن قال الزوج قبل أن يستشير فلاناً: أنا أثبت النكاح ولا أستشير فلاناً، قال: ذلك له أيضاً، وهو بمنزلة الرجل يبيع السلعة على هذه الوجوه.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي يتزوج المرأة على أن يستشير فلاناً: إن النكاح يفسخ دخل أو لم يدخل هو أحد قولي مالك في **المدونة** وفي رسم باع شاة من سماع عيسى. وقد مضى القول على ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته. وقوله: إلا أن تكون مشورة فلان قريباً وهما حاضران، فيرسلان إليه

(٦٠) في ق ١ فوق هذا، أي الرسم.
(٦١) في ق ١ عقب قوله ورضي. أيتوارثان؟

في فورهما، ليعلما رأيه، فيجوز ذلك معناه: إذا كان ذلك في مجلسهما قبل أن يفترقا منه فيقوم من هذا، جواز النكاح على خيار المجلس. وقد مضى القول على ذلك أيضاً في رسم باع شاة المذكور. وأما قوله إذا مات أحد الزوجين قبل أن يستشار فلان، إنهما لا يتوارثان، فهو صحيح، لا اختلاف فيه. وسقوط الميراث قبل الرضا وقبل المشورة، هي العلة في فساد النكاح على الخيار، أو على المشورة إلى ما بعد المجلس وإن قرب، وأما إن مات أحدهما بعد الرضا أو بعد المشورة وقبل الدخول، أو قبله وبعده، على القول بأنه يفسخ بعده، فيجري ذلك على الاختلاف الواقع في **المدونة** وغيرها، في وجوب الميراث والطلاق فيما يفسخ بحكم من الأنكحة التي اختلف أهل العلم في جوازها. وقوله: إن للزوج الذي اشترط المشورة أن يتركها وأن يخالف ما يشير عليه به المستشار صحيح لا اختلاف في المذهب أحفظه إلا ما حكى أبو اسحاق التونسي من أن ظاهر ما في كتاب ابن المواز المشورة، كالخيار في أن المستشار إذا سبق فأشار بشيء لزم، وهو بعيد. وقوله: وهو بمنزلة الرجل يبيع السلعة على هذه الوجوه: يريد في الحد الذي يجوز فيه الخيار والمشورة في النكاح وهو المجلس، على ما دلت عليه هذه الرواية.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر، من عبد الرحمان بن القاسم. قال أبو زيد: وقال ابن كنانة وابن القاسم: في النصراني يوصي إليه أخ له مسلم، أو عبد يوصي إليه أو امرأة يوصي إليها، إنهم كلهم يزوجون الغلمان، ولا يزوجون الجواري. وقال لا يزوج العبد ابنته الحرة ويزوج ابنه.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما مضى في رسم باع شاة وغيره من سماع عيسى، وهو مبين لما في **المدونة**ولما في **كتاب ابن المواز** ولما في رسم سنّ من سماع ابن القاسم، وقد مضى هنالك القول في هذه المسألة مجرداً. وتحصيل من يجوز للمرأة والعبد والنصراني، أن يلي عقد النكاح عليه، وفيمن لا يجوز لواحد منهم أن يلي العقد عليه، ويجوز له على ذلك، الاستخلاف، وفيمن لا يجوز لهم ولاية العقد عليه ولا الاستخلاف على ذلك فلا معنى لإعادة شيء من ذلك وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

وسئل ابن وهب عن الرجل يزوج ابنه صغيراً بشروط فيها طلاق أو عتاق، إن ذلك لازم للابن وإن كبر، لأنه وطىء عليه وأنه لا يفسخ النكاح لذلك دخل أو لم يدخل، والشروط لازمة له، لأن أباه الناظر له.

قال محمد بن رشد: إلزامه الشروط التي شرط عليه أبوه وهو صغير، خلاف مذهب ابن القاسم فيما يأتي بعد هذا السماع، وخلاف ما حكى عنه ابن حبيب من رواية أصبغ، وعن ابن الماجشون، من أنها لا تلزمه إلا أن يلتزمها بعد البلوغ، فإن أبى من التزامها لم يلزمه النكاح، ولا شيء من الصداق، إلا أن ترضى المرأة بإسقاط الشروط عنه، فيلزمه النكاح، فإذا دخل بها قبل البلوغ أو قبل العلم بالشروط سقطت عنه وإن دخل بها بعد البلوغ وبعد أن علم بالشروط لزمته. وفي كتاب محمد ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أصبغ عنه إنه إن لم يرض قبل البناء بالشروط، قيل له: إما أن ترضى وإما أن تطلق، فإن طلق فعليه نصف المهر. وهذا إذا اعتبرته من قول ابن القاسم مثل قول ابن وهب، ومثل قول ابن الماجشون، في الذي يزوج ابنه الصغير ولا مال له، فيكتب الصداق عليه، إن ذلك لازم له. وقد مضى ذلك في رسم باع شاة من سماع عيسى.

مَسَـــألة

وعن رجل يزعم لقوم أنه من قريش، أو من فخذ من العرب، فيوجد من غير ذلك الفخذ. قال ابن القاسم: إن كان مولى فالمرأة بالخيار، إن شاءت أقامت وإن شاءت فارقت، إذا كانت عربية، وأما إن كان عربياً وهو من غير القبيل الذي سمّا، فلا أرى لها خياراً، وأراها امرأته، إلا أن تكون قرشية، تزوجت على أنه من

قريش، فإذا هو من العرب، أو تكون عربية، تزوجت على ادعائه، فذلك لها.

قال محمد بن رشد: اضطرب قول ابن القاسم في هذه المسألة، لأن قوله في أوّلها: إذا كانت عربية، يدل على أنها إذا كانت مولاة فتزوجته على أنه من قريش أو من العرب، فوجد من الموالي فلا خيار لها من أنها إذا كانت من العرب فتزوجته على أنه من قريش فوجد من العرب فلم ير لها على هذا خياراً بما شرطت، إلا أن يوجد الزوج أدنى منها، مثل أن تكون من العرب فتزوجته على أنه من العرب أو من قريش، فيوجد من الموالي أو تكون من قريش، فتتزوجه على أنه من قريش، فيوجد من الموالي أو من العرب. وقوله في آخرها: أو تكون عربية تزوجت على ادعائه، يريد تزوجته على أنه من قريش، فوجد من العرب، فلها الخيار، خلاف قوله أولاً إذ جعل لها الخيار إذا وجدته أدنى مما شرطت وإن كان مثلها ولم يجعل لها أولاً خياراً بما شرطت، إلا أن يوجد أدنى منها، ويلزم على قوله آخراً إذا كانت مولاة فتزوجته على أنه من قريش، فوجدته من العرب أو من الموالي، أو على أنه من العرب، فوجدته من الموالي أن يكون لها الخيار، وهو أظهر على قياس قولهم فيمن ابتاع عبداً على أنه من جنس، فوجده من جنس آخر أدنى من ذلك الجنس، فتحصيل هذا أنه إذا وجدته أفضل مماشرطت لم يكن لها خيار، وإن وجدته أدنى مما شرطت، وأدنى منها فلها الخيار، وإن وجدته أدنى مما شرطت وهو أرفع منها أو مثلها ففي ذلك قولان: أحدهما أن لها الخيار، والثاني لا خيار لها، وهما قائمان من هذه الرواية، على ما بيناه. وإذا وجب لها الخيار فاختارت نفسها قبل الدخول، فهي تطليقة بائنة ولا شيء لها من الصداق، وإن لم تعلم حتّى دخل بها، فاختارت نفسها بعد الدخول، فهي تطليقة بائنة أيضاً إن لها جميع صداقها، لأنها قد استوجبته بالمسيس. وكذلك الحكم في الرجل يتزوج المرأة على أنها من قريش أو من العرب، فتوجد على غير ذلك، يكون للرجل الرَّد، حيث يكون للمرأة الخيار وبالله التوفيق.

مسألة

وعن الرجل يتزوج المرأة ثمّ يجدها لغية إنها إن كانت حين خطبها انتسبت له، فقالت أنا فلانة ابنة فلان، فإني أرى النكاح مفسوخاً فإن كان دخل بها فلها صداقها بما استحل منها قبل فإن كان ذلك انما هو في أبيها وجَدُّ أبيها لغية، هل يفسخ النكاح عنه؟ قال: لا أرى أن يفسخ بذلك وليس هو في أبيها بمنزلته فيها والرجل أيضاً إذا انتسب للمرأة وغرها بتلك المنزلة.

قال محمد بن رشد: قوله: فإني أرى النكاح مفسوخاً معناه إن له أن يفسخه عن نفسه، فلا يلزمه شيء من الصداق إن كان قبل الدخول، ويكون الفسخ فيه تطليقة، لأنه نكاح فاسد، فيكون مفسوخاً بالحكم. وقوله: إذا كان دخل بها فلها صداقها ما استحل منها، خلاف المعلوم من قولهم: إن له أن يرجع عليها، لأنها غرته إذا انتسبت له، ويترك لها من صداقها قدر ما يستحل به الفرج، وإنما يكون لها صداقها بما استحل منها، إذا كان وليُّها الذي أنكحها هو الذي نسبها له، وغره منها، فيكون هو الذي يجب الرجوع عليه، والأصل في هذا قول عمر بن الخطاب رضي الله عنه: أيما رجل تزوج امرأة وبها جنون أو جذام فمسَّها فلها صداقها كاملاً، وذلك لزوجها غرم على وليها. قال مالك: وإنما يكون ذلك غرم[٦٢] على وليها إذا كان وليها الذي أنكحها أبوها أو أخوها أو من يرى أنه يعلم ذلك منها، فأما إن كان وليها الذي أنكحها ابن عم، أو مولى، أو من العشيرة ممن يُرى أنه لا يعلم ذلك منها فليس عليه غرم، وتَرُدُّ المرأة ما أخذت من صداقها، ويُترك لها قدر ما تستحل به. وقوله والرجل أيضاً إذا انتسب للمرأة وغرَّها بتلك المنزلة، يريد: إنها إذا تزوجته على نسب فوجدته لغية، فلها الخيار وإن كانت مولاة، وإن كانت هي لغية، فتزوجته على نسب، فوجدته لغية، فعلى ما تقدم من الاختلاف في المسألة التي قبل هذه.

---

(٦٢) كذا.

مسألة

وقال: في الرجل يجعل بُضع ابنته بيد أخيه، هل ينكحها العم بغير إذن الأب، والأب بغير إذن العم. قال: نعم من أنكحها منهما فهو جائز.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال. وهو مما لا اختلاف فيه، لأن الأب لا تسقط ولايته عن ابنته بجعله بضعها بيد أخيه، فإنكاح من أنكحها منهما جائز. فإن أنكحها كل واحد منهما ولم يعلم بإنكاح صاحبه، فهي للأول منهما، إلا أن يدخل بها الآخر. قال ذلك مالك في المدونة وغيرها.

مسألة

وسئل عن العبد يتزوج بغير إذن السيد، فيراه السيد يدخل على امرأته، هل يلزم السيد الصداق حين رآه ولم يكن أذن له في النكاح؟ قال: إن شهد على أن السيد علم بنكاحه وأقره، رأيت النكاح جائزاً، ورأيت الصداق على العبد بما أقر به سيده من ذلك بعد العلم به.

قال محمد بن رشد ـ رحمه الله ـ: قد مضت هذه المسألة متكررة والقول فيها في رسم الرهون من سماع عيسى فلا معنى لإعادة ذلك.

مسألة

وسئل عن رجل زوج ابناً له صغيراً وأصدق عنه وشرط في نكاح الصبي أنه إن استسر(٦٣) عليها أو تزوج فهي طالق ألبتة فبنى الغلام بأهله ثمّ أراد أن يتسرر أو ينكح عليها. قال: ذلك له، إلا

(٦٣) في ق ١ تسرر.

أن يعلم أن الابن قد علم بالشروط التي شرط لها فدخل بها على ذلك ووطئها فإن ذلك يلزمه.

قلت: أرأيت لو أن الأب حين نكح(٦٤) ابنه شرط عليه شروطاً انه ليس له أن يتسرر ولا ينكح، فإن نكح فهي طالق ألبتة. فقال أهل المرأة للزوج: قد شرط ذلك عليك وأنت كبير، وقال الزوج: بل شرط عليَّ ذلك وأنا صغير. قال ابن القاسم: على الزوج البينة، انه شرط ذلك عليه وهو صغير، فإن لم يأت بالبينة حلف أهل المرأة وكان القول قولهم.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة مبنية على أن الابن الصغير لا يلزمه ما شرط عليه أبوه من الشروط، إلا أن يلتزمها بعد البلوغ، أو يدخل بعد العلم بها، فيكون ذلك رضا منه، خلاف قول ابن وهب في أوّل السماع، فإن دخل ولم يعلم بها سقطت عنه وهو محمول على أنه لم يعلم، حتّى يثبت عليه أنه علم بها. وذلك بيِّنٌ من قوله: وذلك له إلا أن يعلم أن الابن قد علم، وذلك أنه علم أنه شرطها عليه وهو صغير بتقارُرِهمَا على ذلك، أو بينة قامت عليه. وأما إن اختلفا فقال الابن كنت صغيراً إذ شرط ذلك عليَّ الأب، وقال أولياء المرأة بل كنت بعد كبيراً، فعلى الابن البينة، لأنه الآن كبير، يلزمه ما شرط عليه أبوه بحضرته، فهو مدّع أنه كان حينئذ صغيراً ممن لا يلزمه ما شرط عليه أبوه بحضرته، فإن أقام البينة كان بالخيار، في أن يلتزم الشروط أو يفارق، ولا يكون عليه شيء من الصداق، إلا أن تسقط المرأة عنه الشروط، فيلزمه النكاح، وإن لم يكن بينة، حلف أهل المرأة وكان القول قولهم، ولزمته الشروط، إلا أن يشاء أن يطلق، فيلزمه نصف الصداق، وأهل المرأة الذين يحلفون، هم: الأب أو الوصي، دون من سواهما من الأولياء، فإن نكلوا عن اليمين، حلف الزوج وكان كمن أقام البينة على

---

(٦٤) يتعدى نكح بنفسه وبالهمز، والمناسب هنا أنكح كما في ق ١.

دعواه. وإنما أوجب ها هنا اليمين على أهل المرأة لا عليها، لأنهم ادعوا ذلك، وذلك خلاف ما في أول رسم من سماع ابن القاسم ولو لم يدعوا ذلك وقالوا لا علم لنا به، لحلفت الزوجة، كما تحلف إذا قامت بشرط المغيب أو عدم الانفاق. وقد مضى القول في أوّل رسم من سماع ابن القاسم على هذا المعنى مقسماً مستوفىً فلا معنى لإعادة شيء منه وبالله التوفيق.

مَسْألة

وسئل عن رجل أصدق امرأته مائة دينار، فدخل عليها ولم يدفع إليها شيئاً من الصداق، أترى أن يكف عن الوطء حتى يدفع إليها ربع دينار؟ قال: بل يكون ديناً عليه، ولا يكف عن وطئها. قيل له: فإنه أصدقها أقل من ربع دينار، قال: إن لم يكن بَنَا بها أُمر أن يتم لها ربع دينار، ويثبت النكاح، وإن دخل بها أتم لها ربع دينار، ولا يوقف عن وطئها حتّى يتمها.

قال محمد بن رشد: لم ير ابن القاسم على الرجل إذا دخل بامرأته قبل أن يدفع إليها شيئاً من صداقها، أن يكف عن وطئها حتى يدفع لها منه ربع دينار، وكره له قبل أن يدخل بها ابتداء قبل أن يدفع إليها ولو ربع دينار من صداقها. ومحمد بن المواز يساوي بين الوجهين. وقد مضى القول في ذلك في رسم استأذن من سماع عيسى. وفي غيره من المواضع. وقوله: إنه إذا أصدقها أقل من ربع دينار، أمر إن كان لم يبن بها أن يكمل لها ربع دينار، ويثبت النكاح، يريد إن شاء وإن أبى فسخ النكاح ولم يلزمه شيء، وإن دخل بها أتم لها ربع دينار، شاء أو أبى ولا يفسخ النكاح، وهذا على قوله في المدونة خلاف قول(٦٥) غيره فيها، وخلاف قوله في سماع سحنون. وأما قوله: إنه لا يكف عن وطئها حتى يتمَّها فهو على قياس قوله في النكاح بصداق صحيح، إذا دخل بها قبل أن يقدم لها شيئاً من الصداق. وبالله التوفيق.

---

(٦٥) سقطت جملة: خلاف قول غيره فيها من ق ١.

مسألة

وقال: في رجل تزوج امرأة ولم يبن بها حتّى ماتت، فقبلها وهي ميتة أو وطئها. قال: لا ينكح أمها ولا ابنتها.

قال محمد بن رشد: أمّا أمها فإنها تحرم عليه بالعقد عليها وإن لم يقبل ولا وطىء، لأنها مبهمة ولا شرط فيها. وأما الابنة فلا تحرم إلا بالدخول بالأم، أو التلذذ بها، لقوله عزّ وجلّ: ﴿ مِنْ نِسَائِكُم اللاَّتِي دَخَلْتُم بِهن ﴾[٦٦] فجعل ابن القاسم وطأها أو التلذذ بها وهي ميتة أو حية سواء، في وجوب تحريم ابنتها بذلك، إذْ لا ينقطع عنده بموتها ما كان بينهما من الحرمة، بدليل أنه يجوز له أن يغسلها. ويأتي على مذهب أهل العراق الذين يرون ما كان بينهما من الحرمة منقطعاً بموتها، فلا يجيزون له غسلها، ولا تحرم عليه ابنتها بوطئه إياها بعد موتها، وهو الذي يوجبه النظر والقياس، لأنه وطء لا يحصنه ولا يوجب لها عليه صداقاً، ولأن عصمة النكاح تنقطع بينهما بموتها. وإن كانت حرمة الزوجية باقية بينهما، بدليل أنه يجوز له عند الجميع أن يتزوج رابعة إن كانت له ثلاث زوجات سواها وقول ابن القاسم استحسان، فلعله راعا قول زيد بن ثابت، الذي يقول: إن الرجل إذا تزوج المرأة فماتت قبل أن يدخل بها، لم تحل له ابنتها، بخلاف إذا طلقها قبل أن يدخل بها.

مسألة

وقال في الرجل[٦٧] ماتت امرأته فتزوج أختها قبل أن تقبر الميتة، أترى لزوجها أن يغسلها؟ قال أكره ذلك، ولا أحرمه.

قال محمد بن رشد: وكذلك لو ماتت امرأته قبل أن يدخل بها فتزوج ابنتها قبل أن تقبر الميتة، لكُره له أن يغسلها، ولم يحرم ذلك عليه وسحنون يجيز ذلك ولا يكرهه، ذكر له أن بعض أهل العلم يقول: إن الرجل إذا

(٦٦) النساء: ٢٣

(٦٧) في ق ١ رجل.

كانت له أربع نسوة فماتت إحداهن ثمّ تزوج الخامسة قبل أن تغسل الميتة، إنه لا يجوز له غسلها، فقال ليس الذي قلت من مذهبنا في شيء، وله أن يغسل الميتة، ألا ترى أن له أن يغسلها وإن لم يتزوج الخامسة، فإن كان إنما يغسلها لأنها امرأته، فكيف يتزوج الخامسة؟ وكراهية ابن القاسم لذلك من غير تحريم، يدل على أن مباشرته إياها بعد موتها، لا يحرم عليه ابنتها، ويبين ما ذهبنا إليه في المسألة التي قبل هذه، من أن منعه فيها الرجل أن يتزوج بنت امرأته إذا كان قد قبلها أو وطئها بعد موتها، إنما هو استحسان على غير قياس وبالله التوفيق.

مسألة

وعن رجل تزوج أمة فلم يبن بها حتى فلس سيدها، وقد كان دفع الصداق إلى سيدها، فباعها السلطان في دينه، فاشتراها زوجها هل ترى له أن يرجع على سيدها بالصداق الذي دفع إليه؟ قال: لا لأن السلطان هو الذي باعها عليه.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله إنه لا يرجع عليه بشيء من الصداق، وذلك لا يصح، لأن الصداق المسمى لا يجب جميعه إلا بالموت أو الدخول، فإنما معناه أنه لا يرجع عليه بجميعه، وإنما يرجع عليه بنصفه، لأن الفراق جاء من قبله إذا اشتراها وهو يعلم أن امرأته تحرم عليه باشترائه إياها، فصار كالمطلق قبل الدخول، وقد فرض أن له نصف ما فرض، ولو اشتراها من السلطان وهو لا يعلم أنها امرأته لحرمت عليه، ورجع بجميع الصداق على السيد، لأنه تحريم لم يتعمده. يبين هذا في كتاب النكاح الثالث من **المدونة** إن الرجل إذا تزوج المرأة ولم يدخل بها حتى تزوج أمها وهو لا يعلم، فيبني بها، إن الابنة تحرم عليه، ولا يكون لها عليه من الصداق نصف ولا غيره، لأنه تحريم لم يتعمده، وهو محمول على أنه لم يعلم أنها زوجته حتّى يُعلم أنه علم، فإن ادّعا أنه لم يعلم أنها زوجته حلف على ذلك، ورجع بجميع الصداق. وفي النكاح الثاني من المدونة إن السيد لا شيء له من

الصداق إذا باعها منه قبل الدخول، وهو دليل قوله ها هنا، لأن السلطان هو الذي باعها عليه وإنما لم يكن له من الصداق شيء إذا باعها هو منه وإن كان الزوج عالماً أنها زوجته، لأنه لما كان أملك بالبيع غلب أمره على الزوج، فجعل كأن الفسخ والتحريم جاء من قبله دون الزوج. ولو باعها السيد ممن اشتراها للزوج وهو لا يعلم، لكان له نصف الصداق، بمنزلة إذا بعها السلطان ولعيسى في كتاب القطعان، أن بيع السلطان كبيع السيد فيرجع بجميع الصداق، وهو بعيد. وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل يتزوج جارية امرأته أنه لا بأس به.

قال محمد بن رشد: كره ذلك ابن كنانة، مراعاة لقول من رأى للزوج شبهة في مال الزوجة، فدرأ الحد عنه[٦٨] في وقوعه بجاريتها روي ذلك عن عبدالله بن مسعود وهو شذوذ، فالصحيح أنه لا كراهة في تزويجه إياها، وأنه يُحَدُّ إن وقع بها على ما جاء عن عمر بن الخطاب وعن علي بن أبي طالب. وقد روى ذلك مالك عن النبي عليه السلام من رواية النعمان بن بشير. وأما ما روي عن سَلمة بن المحبق أن **رجُلاً زَنَى بجَارِيَة امْرأَتِهِ فَقَالَ النَّبِيُّ عَلَيْه السَّلَام: «إنْ كَانَ اسْتَكرَهَهَا فَهِي حُرَّةٌ وَعَلَيْه مِثْلُهَا، وإنْ كانَتْ طَاوَعَتْهُ فَعَلَيْه مِثْلُهَا»**[٦٩] فقيل فيه: إن ذلك كان في أوّل الإسلام، حين كانت العقوبات تجب في الأقوال بانتهاك الحُرم التي ليست بأموال، ثم نسخ ذلك بما أنزل الله من الحدود على ما جاء في حديث النعمان بن بشير وبالله التوفيق.

مسألة

قيل له أرأيت إن هو ساق إلى امرأته جارية في صداقها فأراد

(٦٨) في ق ١ مراعاة في وقوعه.

(٦٩) رواه أبو داوود، وذكر ابن العربي في شرحه لصحيح الترمذي أنه حديث منكر من جهة السند..

أن يتزوجها قبل أن يبني بها؟ قال: لا يجوز له لأنه شريك فيها.

قال محمد بن رشد: وكذلك إن زنى بها لم يُحَدُّ، وهو على مذهبه، وروايته عن مالك، في أنه إن ماتت الجارية ثمّ طلقها فالمصيبة منهما، والغلة بينهما. ويأتي على ما مضى في أول سماع أشهب، أنه إن أصدقها عبداً فمات عندها ثمّ طلقها قبل البناء، إن المصيبة منها يرجع عليها بنصف قيمته، إنه لا يجوز له أن يتزوجها إن كانت أمة، ويُحَدُّ إن زنى بها، والقولان في وجوب الحد عليه إن زنى بها في ثمانية أبي زيد منصوص عليهما على هذين الأصلين، فقف على ذلك. وأما إن بنى بها فيجوز له أن يتزوجها، ويحد إن زنى بها، لأنها قد استوجبتها بالدخول، فهو بمنزلة إذا كانت لها من غير صداقها. وقد مضى القول على ذلك قبل هذا وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل فجر بامرأة، أينكح ابنتها؟ قال: لا. قيل له فإن فجر بامرأة اتحل له أختها؟ قال: نعم، لأنها ممن يحل له أن يتزوجها بعد أختها، ولا يحل له أن يتزوج البنت بعد أمها.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله: إنه إذا فجر بالمرأة لا يتزوج ابنتها على الوجوب، خلاف مذهب مالك في **المدونة** إن ذلك على الكراهة، لا على الوجوب، ومثل ما في **الواضحة** من أن الحرام يحرم الحلال، خلاف ما في **الموطأ** من أنه لا يحرمه هي ثلاثة أقوال: **الإباحة والكراهة والتحريم** مرة رأى مالك التحريم في ذلك عبادة، لا لعلة، فقصره على الموضع الذي ذكره إليه فيه، وهو النكاح الحلال، لأنه قال: ﴿ **وحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُم** ﴾[٧٠] وليست المزنا بها حليلة للزاني، ﴿ **وأمَّهَاتُ نِسَائِكُم** ﴾[٧١]. وليس المزنا بها من نساء الزاني، ومرة راه لعلة، وهي ألا يجبر الرجل وابنه المرأة الواحدة وأن لا يجبر المرأة

(٧٠) النساء: ٢٣.

(٧١) نفس الآية والسورة.

وابنتها الرجل الواحد، فطرد العلة في الحرام، ومرة ترجح الأمر عنده فرآه من المشتبهات، الذي تَرْكُه أحسن والأظهر أنه عبادة، لا لعلة، بدليل إجماعهم على تحريم زوجة الابن على الأب، وزوجة الأب على الابن بالعقد، دون الدخول. ومن رأى التحريم لعلة الاختيار، قال حمل العقد محمل الدخول، إذ لا يكون العقد إلا للدخول، فعلى القول بأنه يكره للرجل أن يتزوج المرأة إذا زنى بأمها أو بابنتها، والمرأة إذا زنى بها أبوه أو ابنه أن يتزوجها، فعثر على ذلك قبل الدخول، أو كان الزنى بعد العقْد وقبل الدخول، أمر بفراقها بطلاق، وكان عليه نصف الصداق، وعلى القول بأن الزنى يحرم الحلال إن كان التزويج بعد الزنى، فعثر على ذلك قبل الدخول، يفرق بينهما بغير طلاق، ولم يكن لها شيء من الصداق، وإن كان الزنا بعد التزويج وهو عالم أن نكاح المزنا بها يحرم عليه امرأته، فُرق بينهما، وكان عليه نصف الصداق، لأن الفراق جاء من قبله على ما مضى فوق هذا في الذي يشتري امرأته قبل البناء وهو عالم أنها امرأته، أو ليس بعالم، ولا اختلاف في أن الوطء الفاسد في العقد الصحيح، أو في العقد المختلف في تحريمه، يحرم الربيبة وأما إن كان العقد فاسداً لم يختلف في تحريمه، فوطىء فيه وهو عالم بفساده، كالزاني يحد، ولا تحرم عليه الربيبة، إلا على القول بأن الزنى يحرمها. واختلف إن وطئها وهو يظن أن النكاح صحيح، أو أنها زوجته وما أشبه ذلك مما يكون شبهة يُدْرَأ بها عنه الحد، على القول بأن الزنى لا يحرم، هل يقع ذلك التحريم، كالوطء بالنكاح من أجل أنه وطءٌ لا حَدَّ فيه أم لا؟ على قولين، الأصح منهما في النظر، أنه لا يقع به التحريم، لأنه إنما وطىء من ليست له بزوجة، فإذا لم يجعل التحريم لعلة الاختبار، وقال إنه عبادة لغير علة، وجب ألا يوجب ذلك حرمة. وقد اختلف من هذا المعنى في الذي يريد من الليل زوجته، فتقع يده على ابنته فيباشرها متلذذاً بها، أو يطأها، هل تحرم عليه أمها وهي زوجته فحكم له[٧٢] بعض القرويين بحكم الربيبة، وحرم عليه

(٧٢) في ق ١ لها.

بذلك أنها زوجه وروي عن سحنون، والليث بن سعد، أنها لا تحرم عليه. وهو الصحيح، لأن ابنته(٧٣) ذا محرم منه لا ينعقد له فيها نكاح البتة، فهي بخلاف الربيبة، لأن الربيبة قد كان له أن يتزوجها لو لم يتزوج أمها، فهي التي ورد تحريم كل واحد منهما بنكاح صاحبتها وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل أحضر رجلاً فقيل نراك تنصر هذا، ولقد بلغنا أنه ختنك، فقال: نعم أنصره واشهدوا أني قد زوجته ابنتي، فقيل له بكم؟ فقال بما شاء، ثمّ قام الرجل بعد ذلك فقال: امرأتي، فقال الأب والله ما كنت إلا لاعباً، قال: يحلف الأب بالله ما كان ذلك منه، على وجه النكاح، ولا شيء عليه، قيل له: طلب ذلك بحدثانه أو بعد ذلك بيومين. قال: ذلك سواء.

قال محمد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم، مثل ما حكى أبو عُبيد عن مالك، ورواه الواقدي عنه من أن هزل النكاح هزل، ولا يجوز منه إلا ما كان على وجه الجد، خلاف المشهور المعلوم من قول مالك وأصحابه في **المدونة** وغيرها، من أن هزله جد، على ما جاء في ذلك عن جماعة من السلف عمر بن الخطاب وسعيد بن المسيب وغيرهما.

مسألة

وقال: في رجل فوض إليه، فبنى وأرخيت الستور، فأنكر أهل الجارية أن يكون دفع شيئاً من الصداق، وقال دفعت. قال: القول قول الزوج.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لما كان القول قوْلُه بعد الدخول في الصداق المسمى إذا ادعا أنه دفعه قبل الدخول، من أجل أنه

(٧٣) في ق ١ لأن البنت ذات محرم منه.

ليس له أن يدخل حتّى يؤديه، وجب أن يكون القول قوله، دفع صداق المثل إذا فوض إليه، من أجل أنه ليس له أن يدخل بها في التفويض، حتّى يدفع إليها صداق مثلها، وإن كان الذي ادعا أنه دفع إليهـا أقل من صداق مثلها، حلف على ذلك، ووفاها تمام صداقها وإن ادعا عليها أو على أبيها إن كانت بكراً الرضا بذلك من صداق مثلها، لم يصدق وحلفتْ على ذلك هي وأبوها إن كانت بكراً، وإن ادعى أنه دفع إليها أكثر من صداق مثلها، ليلزمها التجهـز بذلك إليه لم يصدق في الزّائد، وأسقطته عن نفسها بيمينها، تحلف بالله ما دفع إليها شيئاً ويحلف هو بالله لقد دفع إليها ما ادعى، ويكون عليها أن تتجهز إليه من ذلك بقدر صداق مثلها.

مسألة

وعن الولي ينكح الجارية علـى إن رضيت فترضى، قـال: يفسخ النكاح، قيل له: وإن كانت قريباً، قال: نعم، قيل له: فإن بنى بها، قال: أما البناء فلا أدري، وضعف الفسخ فيه. وروايته في معنى قوله فلا يرى الفسخ إذا بنا.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال لأنه إذا تزوجها على إن رضيت فهو نكاح العقد على خيار، وإن كانت قريبة، إلا أن تكون حاضرة في البلد، فيرسلا إليها ليعلما رضاها في الفور قبل أن يفترقا من مجلسهما، فيجوز ذلك على معنى ما مضى في آخر سماع أصبغ، وقوله إنه لا يفسخ بعد البناء، وهو أحد قولي مالك في المدونة وفي رسم باع شاة من سماع عيسى. وقد مضى من القول على ذلك هنالك ما لا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن رجل قال في مرضه قد زوجت ابنتي فلاناً وأصدقتها عنه مائة دينار، قال: ذلك جائز، ويخرج من الثلث، إذا

كان أجنبياً. قال: ولو قال قد أصدقت امرأة ابني عن ابني(٧٤) مائة دينار لم يجز.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة موعباً في رسم العرية من سماع عيسى فلا معنى لإعادة شيء من ذلك ها هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال: ولو أن رجلاً أسلم، وامرأتُه من غير أهل الكتاب فعُرض عليها الإسلام فأبت، ثمّ أسلمت بعد ذلك، لم يكن له عليها رجعة إلا بنكاح جديد.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لقول الله عزّ وجل: ﴿ولاَ تُمْسِكُوا بِعِصَمِ الْكَوافِرِ﴾(٧٥) وهو يُبين ما وقع في المدونة من أن الفرقة لا تقع بينهما إذا لم تسلم بعد إسلامه، إلا أن يتطاول ذلك بأكثر من الشهر أنّ معناه إنما هو إذا غفل عن عرض الإسلام عليها. قال بعض شيوخ القرويين: وهذا في المدخول بها، فلا يستحق في ذلك الشهر، ولا تكون زوجته إلا إذا أسلمت بالقرب، ولا فرق في القياس بين المدخول بها وغير المدخول بها في هذا، لأن العصمة بينهما قائمة وإن لم يدخل بها. وقد أمره الله ألا يمسك بها، فإما أن يحمل امرهُ عزّ وجلّ على الفور فيهما جميعاً أو على التراخي فيهما جميعاً، وحمله مالك على التراخي، وخفف الشهر في ذلك ما لم توقف فتابا الإسلام. وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في رجل أراد أن يتزوج امرأة ربيبه زوج أمه: إنه لا بأس به.

(٧٤) حذفت عبارة: عن ابني من ق ١.

(٧٥) الممتحنة: ١٠.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الله عزّ وجلّ إنما حرم عليه زوجة أبيه لقوله: ﴿ولاَ تَنْكِحُوا مَا نَكَحَ آبَاؤُكُمْ﴾[٧٦] وربيبه ليس بأب له، فلا حرمة بينه وبين زوجته، إلا أن يكون تزوج أمه ودخل بها وهي ترضعه، لأنه يصير بذلك، أباً له من الرضاعة، فلا يتزوج امرأته.

مسألة

وقال ابن القاسم في رجل تزوج صبية صغيرة وشرط لها عليه إن تزوج عليها فأمْر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهي صبية صغيرة، قال: إن كانت قد عَقَلتْ وعرفت الطلاق والخيار، فلها الخيار. وإن كانت لم تعرف ذلك استُوني بها حتّى تعقل، ثمّ تختار، إن شاءت. قيل له: فإن كان تزوجها على أنه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل، قال: يفسخ نكاحه.

قال محمد بن رشد: أما التي شرط لها عليه إن تزوج عليها فأمر نفسها بيدها، فتزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل. فقوله فيها: إنه يستأنى بها حتّى تعقل ثمّ تختار إن شاءت، فهو صحيح. مفسر لجميع الروايات. من ذلك ما وقع في كتاب التمليك في رسم: الشجرة من سماع ابن القاسم، ورسم: بع، ولا نقصان عليك من سماع عيسى. ووجه ذلك أنه إذا تزوج عليها وهي صغيرة لا تعقل، فقد أوجب لها في نفسها التمليك إذا عقلت، وقد لا تعقل أو تموت قبل أن تعقل فكان ذلك بمنزلة الذي يقول لامرأته: امرك بيدك، إذا قدم فلان، إن الأمر يكون بيدها إذا قدم فلان. وأما التي شرط لها عليه أنه إن تزوج عليها فأمر التي تزوج عليها بيدها وهي صغيرة لا تعقل، فقد مضى القول في نظيرها في رسم إن خرجت من سماع عيسى، لأن الصغيرة التي لا تعقل كالمجنونة، فالكلام على تلك يغني عن الكلام على هذه

---

(٧٦) النساء: ٢٢

ولو كانت ممن يعقل لكان لها الخيار، وإن لم تبلغ في المسألتين جميعاً، ولا اختلاف في ذلك أحفظه وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: كل نكاح اختلف فيه ليس بحرام، فإن طلق فيه لزمه الطلاق، مثل أن يحلف بطلاق امرأة إن تزوجها، ونكاح المريض، ونكاح السر الذي يتزوج سراً بشهادة شاهدين ويُستكتما ذلك، فتطلق في ذلك كله قبل أن يفسخ إن الطلاق قد لزمه، ولا تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره إن كانت البتة.

قال محمد بن رشد: هذا مذهب ابن القاسم في **المدونة** الذي اختاره لرواية بلغته عن مالك إن كل نكاح اختلف الناس فيه فالفسخ فيه طلاق، والطلاق فيه قبل الفسخ، لازم، والميراث فيه واجب، والخلع فيه جائز نافذ، وإن كان الفساد في العقد دون الصداق، وجب فيه جميع الصداق المسمى بالموت، ونصفه بالطلاق قبل الدخول ما لم يفسخ. وكل نكاح لم يختلف في فساده فلا طلاق فيه ولا ميراث، والخلع فيه مردود، لأن مذهب ابن القاسم أن الخلع تابع للطلاق، خلاف قول ابن الماجشون. ومذهب ابن المواز. وقد ذكرنا ذلك في سماع سحنون. والذي أجازه(٧٧) سحنون وقال به أكثر الرواة، إن كل نكاح كانا مغلوبين على فسخه، فالفسخ فيه ليس بطلاق، ولا طلاق ولا ميراث فيه قبل الفسخ، حيث يغلبان عليه. فما فسد لصداقه على هذا القول، لا طلاق ولا ميراث فيه قبل الدخول، ويكون الطلاق والميراث فيه بعد الدخول. وفي كتاب النكاح الثالث(٧٨) من **المدونة** قول ثابت، وهو: أن ما كان من الأنكحة يفسخ قبل الدخول وبعده، فلا طلاق فيه ولا ميراث قبل الدخول ولا بعده، وإن كان قد اختلف فيه، وما كان منها يفسخ قبل الدخول

---

(٧٧) في ق ١. والذي اختاره.

(٧٨) في ق ١. وفي كتاب النكاح الثاني من المدونة، وهو قول ثالث.

ويثبت بعده، ففيه الطلاق والميراث قبل وبعد. والمشهور في المذهب، أن الحِرمة تقع بكل نكاح مختلف فيه وأجرا ابن حبيب الحرمة مجرا الطلاق والميراث، ومثله لابن القاسم في الدمياطية. قال في المريض يتزوج المرأة في مرضه: إنها تحل لابنه وأبيه إن لم يكن دخل بها. وبالله التوفيق.

مسألة

وعن الرجل يزوج ابنته ويقبض صداقها وهي بكر، وقد استهلكه. قال: إذا أقر به فهو ضامن له. قيل: فقال: قد دفعته إليها قال: إن كان دفعه إليها عيناً فهو له ضامن، لأن الأبكار، ليس يدفع إليهن الدنانير، إنما يجهزن. قيل: فدخلت على زوجها وزعم أنه جهزها بصداق كذا وكذا ودفعه إليها وأنكرت ذلك، قال: يحلف ويبرأ.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة بعينيها على نصها في أوّل سماع أصبغ، والكلام عليها هناك مستوفا، فلا معنى لإعادته مرة أخرى.

مسألة

وقال: في رجل تزوج امرأة وكان في صداقها خادم، فدخل بها، فطلبت الخادم، فقال: قد صالحتني منها على دنانير، ودفعتها إليك، قال: لا يصدق الزوج، لأنه مدّع قال: فإن أقرت بالصلح صُدق ولم يكن لها شيء إذا قال: قد دفعتها إليك وإن زعمت أنها لم تقبض شيئاً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إن الزوج لا يصدق في دعواه دَفْع الدنانير إليها صلحا عن الخادم، لأنه مدّع في شراء الخادم الذي عليه لها منها، ولا دليل له على ذلك يصدق دعواه، فوجب أن يكون عليه إقامة البينة، لقول

النبي عليه السلام: «الْبَيِّنَةُ عَلَى مَنِ ادَّعَى وَالْيَمِينُ عَلَى مَنْ أَنْكَر»(٧٩) فإن أقرت له بالصلح كان القول قوله في دفع الدنانير إليها، لأن تمكينها إياه من الدخول بها دليل على صحة دعواه في الدفع إليها وبالله التوفيق.

مَسألة

وعن نصراني تزوج نصرانية وشرط أبو الجارية على أبي الزوج أنه إن أسلم زوج ابنتي فأمرها بيدها أو بيدي قال: إن أسلم الزوج قبل أن يحتلم أو بعد ما احتلم وقبل أن يبني، أو بعدما بنى، فلا شيء بيد امرأته ولا بيد أبيها ويسقط ذلك كله.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: لأن الشروط المنعقدة بين الزوجين من أهل الذمة في نكاحهما لا تلزمهما بعد الإسلام، كانت مما يلزم أهل الإسلام أو مما لا يلزم لأنه لا يلزم أهل الإسلام منها إلا ما كان بعد يمين من طلاق أو تمليك، وذلك لا يلزم الكافر. وهذا معنى ما وقع في كتاب النكاح الثالث من المدونة على اختلاف في ذلك بين الروايات، يرجع جميعها إلى هذا وبالله التوفيق.

مَسألة

وقال ابن القاسم: في الذي يبعث من يزوجه، فيزوجه ثمّ يموت الزوج ولا يدرى أقبل النكاح أو بعد؟ إنه لا ميراث بينهما حتّى يعلم أنه مات بعده، وإن البينة على المرأة.

قال محمد بن رشد: هذا بين على ما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، لأنه لا يرث أحدٌ أحداً بشك، والمرأة غير وارثة حتّى يعلم أن النكاح وقع قبل موته فعليها إقامة البينة على ذلك وبالله التوفيق.

---

(٧٩) رواه البيهقي في السنن، وابن عساكر عن ابن عمر بزيادة إلا في القسامة. كما ذكره السيوطي في الجامع الصغير.

مسألة

وقال ابن القاسم في الرجل يطأ الجارية ثمّ يزوجها غلامه فتلد منه جارية. إنها لا تحل لابنه. وروى عيسى بن دينار، أنه لا بأس به. قال عيسى: وإنما هو بمنزلة ما لو تزوج امرأة فوطئها ثمّ طلقها أو مات عنها، ثمّ تزوجت زوجاً فولدت جارية، إنه لا بأس به أن يتزوجها ابن الأول من غيرها، ولا بأس أن يتزوج ابنها من الآخر ابنة الأول من غيرها.

قال محمد بن رشد: وقعت هذه المسألة في بعض الأمهات في آخر هذا السماع، وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد منه إنه لا يحل للرجل أن يتزوج ابنة عبد أبيه من جارية قد وطئها أبوه بعيدٌ. ورواية عيسى عنه أنه لا بأس بذلك هو الصحيح، إذ لا حرمة بينه وبينها، إلا أن يكون قد صار لها، أعني الجارية ابن من وطء أبيه فلم ينقطع عنها حتّى تزوجها العبد فحملت منه فوضعت وأرضعت ابنتها بذلك اللبن الذي كان أصله من أبيه، ولم ينقطع، لأنها تصير بذلك أخته للأب من الرضاعة، على ظاهر ما في **المدونة**، خلاف ما حكى ابن شعبان، وقال فيه: إنه إجماع من أن لبن المرأة ينقطع من زوجها الأول بوضعها من الثاني. والمسألة التي شبهها بها عيسى هي مثلها سواء، يدخُل كل واحد منهما ما يدخل صاحبتها، إذ لا فرق بين الوطء بالملك والنكاح، وبين العبد والحر فيما يوجب ذلك من حرمة النكاح. وقد أجمعوا أنه لا يجوز للرجل أن يتزوج ما ولدت امرأة أبيه قبل أبيه. واختلفوا هل يجوز له أن يتزوج ما ولدت بعد أبيه على ثلاثة أقوال: أحدها إن ذلك جائز وهو قول مالك وكافة أصحابه العلماء، ورواية عيسى عن ابن القاسم هنا والثاني أن ذلك لا يحل وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه وقد ذكرنا بعد ذلك وأنه لا يصح إذا لم ترضعها بلبن لم ينقطع من أبيه. والثالث أن ذلك مكروه، حكى ذلك ابن حبيب عن طاوس وما للكراهية في ذلك عندي وجه، إلا إن كانت أمها أرضعتها بلبن زوجها الثاني، فينفي أن يكون

وطء زوجها الأول وهو الأب، قد زاد في لبنها من الزوج الثاني، وإن كان قد انقطع من الأول، أو لم يكن لها منه لبن أصلاً. وإن كانت ولدتها لما تلحق من الأنساب من أبيه، مخافة أن يكون الولد منه، لاحتمال أن يكون اهريقت عليه الدما (كذا) فجش الولد في بطنها وظنت أن ذلك حيض انقضت به عدتها فتزوجت فلما أصاب الولد الماء، تحرك الولد، ووضعته لما يلحق بها الأنساب من أبيه. فهذا له وجه أيضاً. وإلا فلا. والله ولي التوفيق.

تمّ كتاب النكاح بحمد الله وحسن عونه وتأييده
وصلى الله على سيدنا محمد وآله وصحبه أجمعين.

كتاب الرّضاع

من سماع عبد الرحمن بن القاسم من مالك رواية سحنون

من كتاب أوّله: أخذ يشرب خمراً

قال ابن القاسم: سمعت مالكاً يقول في الرجل يفارق امرأته وهي ترضع، فتكون موسرة وهو معسر، لا يجد ما يسترضع به، أترى أن تلزم رضاعه؟ قال: نعم، إلا أن تكون لا تقوى على ذلك، فقيل له: فإن أيسر يوماً أتراه أن تتبعه بما أرضعته؟ قال: لا أراه تتبعه بذلك.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المرأة المطلقة تلزم رضاع ولدها إذا لم يكن للأب مال، معناه إذا لم يكن للولد مال أيضاً، فإذا لم يكن لواحد منهما مال، ولها لبن ومال، كانت مخيرة بين أن ترضع ولدها أو تسترضع له من مالها، قال ذلك مالك ها هنا، وابن القاسم في سماع أصبغ. وقد قيل إن ذلك لا يلزمها، ولا رجوع لها على من أيسر منهما بشيء، كانت قد أرضعته أو استرضعها له من مالها، لأن ذلك قد سقط عنها بعدمهما لقوله عز وجلّ: ﴿ لَا يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلا وُسْعَهَا ﴾[1] وتوجه عليها بقول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلِين ﴾[2] لأنه محمول على عمومه في

(١) آل عمران: ٢٨٦.

(٢) البقرة: ٢٣٣.

ذات الزوج، والمطلقة مع عسر الأب. والدليل على وجوب الرضاع على الأب إذا فارق وله مال، قول الله عزّ وجل: ﴿ فإنْ أرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ وأتَمِرُوا بَيْنَكُم بِمَعْرُوف﴾(٣) فمن حق المرأة المطلقة أن ترضع ولدها بأجر مثلها. واختلف إذا وجد الأب من يرضعه له باطلاً أو بدون أجرة مثلها وهو موسر، فقيل لا كلام له في ذلك، وللأم أن ترضعه بأجرة مثلها. وهو قول مالك في المدونة. وقيل: إن الأم إن لم ترد أن ترضعه باطلاً أو بما وجد كان له أن يدفعه إلى من يرضعه له باطلاً أو بما وجد. وهو قول مالك في رواية ابن وهب عنه. ومعنى ذلك إذا أرضعته عند أمه ولم يخرجه من حضانتها. وأما إن أبت الأم أن ترضعه، فيستأجر له الأب من يرضعه، وليس عليه أن يكون ذلك عند أمه، وما دامت المرأة في عصمة الزوج فعليها رضاع ولدها، إلا ألّا يكون لها لبن، أو تكون شريفة لا ترضع مثلها، ويقبل الولد غيرها، فيكون على الأب أن يسترضع له من ماله وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وقال مالك: إن رجلاً أفتى بالرضاعة بشيء كأنه لم يرها إلا من قبل الأم، فقال له عبد الله بن أبي بكر بن عمرو بن حزم: لا تفت بفتيا لا تتقلب من الليل في فراشك إلا ذكرته.

قال محمد بن رشد: الصحيح الذي عليه فقهاء الأمصار، أن لبن الفحل يحرم كما يحرم من قبل الأم بدليل حديث عائشة عن النّبي عَلَيْه السَّلَامُ في شأن عَمهَا: أفْلَحَ، أخِي أبي القُعَيْسِ(٤) وقد كرهته طائفة من العرب ورخصت فيه أخرى فأنكر عبدالله بن أبي بكر على من رخص فيه، ورأى أن

---

(٣) الطلاق: ٦

(٤) روى مالك في الموطأ عن عروة بن الزبير عن عائشة أم المؤمنين أنَّها أخْبَرَتْهُ أنَّ أفْلَحَ اخا أبي القُعَيْس، جَاءَ يَسْتأذِن عَلَيْهَا وَهُوَ عمهَا مِنَ الرَّضَاعَة، بَعْدَ أن أنزل الحِجَابُ، قالَتْ: فأبَيْتُ أن آذَنَ عليَّ، فَلَمَّا جَاءَ رسول اللهِ ﷺ أخبرْتُهُ بالذي صنعتُ، فأمَرَني أن آذَن لهُ عليَّ، «كتاب الرضاع».

ذلك لا يقوله إلا من لم ينعم(٥) النظر ونهاه أن يفتي في شيء من الأشياء دون تدبر صحيح، فيندم على ذلك متى ما تذكر، مخافة أن يخرج بالتقصير عما يلزمه من بلوغ الاجتهاد. وبالله التوفيق.

ومن كتاب مساجد القبائل

وسئل مالك عن الرجل يسافر مع أخته من الرضاعة، هل تراه ذا محرم؟ قال: نعم أراه ذا محرم.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الله تبارك وتعالى يقول: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وأُمهَاتُكُمُ الَّلاتِي أَرْضَعْنَكُم وأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضاعة﴾(٦) وقال الرسول عليه السلام: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعة مَا يَحْرُمُ مِنَ الْوِلاَدَةِ»(٧) فلا اختلاف أعلمه في أن ذوي المحارم من الرضاعة كذوي المحارم من النسب في جميع الأحكام، إذا كان التحريم من قبل الأم المرضعة، ولم يكن من قبل الفحل الذي اللبن منه، للاختلاف الذي جاء في لَبن الفحل، فقد رُوي عن عائشة رضي الله عنها أَنَّهُ كَانَ يَدْخُلُ عَلَيْها مَنْ أَرْضَعَهُ بَنَاتُ أَخْتِهَا وَبَنَاتُ أخيها، ولاَ يَدْخُلُ عَلَيْهَا مَنْ أرضَعَهُ نِسَاء إخوَتِهَا(٨) فرخص في لبن الفحل جماعة من العلماء لما جاء عن عائشة فيه وقد مضى القول على ذلك في رسم الطلاق الأول من سماع أشهب من كتاب النكاح وبالله التوفيق.

مَسْــألة

وسئل مالك عن المرأة المتجالَّة تسافر مع غير ولي إلى مكة،

---

(٥) في ق ١ يمعن.

(٦) النساء: ٢٣

(٧) رواه مالك في الموطأ عن عائشة.

(٨) روي في الموطأ هكذا: عن مالك عن عبد الرحمن بن القاسم عن أبيه أنه أخبرهُ أن عائشة زوجَ النبي ﷺ كانَ يَدْخُل عليها من أرضعتْهُ أخواتُها، وبناتُ أخيهَا، ولاَ يدْخُل عليْها من أرْضَعَتْهُ نساءُ إخْوتِهَا.

قال: تخرج في جماعة من النساء وناس مأمونين لا تخافهم على نفسها.

قال محمد بن رشد: قوله: إلى مكة يريد في حجة الفريضة، وذكر المُتجالَّةِ إنما وقع في السؤال، فخرج الجواب عليه، فلا يستدل بذلك على أن غير المتجالة، بخلاف المتجالة، بل المتجالة وغير المتجالة. في ذلك سواء عند مالك. هذا قوله في الموطأ(٩) وغيره، لأن عدم المرأة التي لا زوج لها، أو لها زوج لا يريد الخروج معها ولياً(١٠) يخرج معها لا يسقط فرض الحج عنها، بدليل إجماعهم على أنها إذا أسلمت في بلاد الحرب، يجب عليها الهجرة إلى بلد الإسلام، وإن لم يكن معها ذو محرم، فهذا مخصص من عموم قول النبي عليه السلام: «**لَا يَحِلُّ لامْرَأَةٍ تُؤمِنْ بِالله وَالْيوم الآخِرِ تُسَافِرُ مَسِيرةَ يَوْم ولَيْلَةٍ إلاَّ وَمَعَهَا ذُو مَحْرَم مِنْها**»(١١)، بالاجماع، وحجها مع غير ذي محرم إذا لم يكن لها محرم، ولا زوج يحج معها، مخصص منه بالقياس، على ما أجمعوا عليه.
وقد اختلف ألفاظ الأحاديث في حدّ السفر الذي لا يجوز للمرأة أن تسافره إلا مع ذي محرم منها، أو زوج، ففي بعضها البريد، وفي بعضها اليوم، وفي بعضها الليلتين، وفي بعضها ثلاثة أيام، وفي بعضها ألا تسافر المرأة ومعها ذو محرم دون حد. واختلف على ذلك كله الفقهاء، فمنهم من لم يحدّ للمرأة أن تسافر مع ذي محرم سفراً قريباً ولا بعيداً، وإن كان أقل من بريد، وهو مذهب أهل الظاهر، ومنهم من حدّ لها في ذلك البريد، ومنهم من حد لها في ذلك اليوم، ومنهم من حد لها في ذلك الليلتين، ومنهم من حدّ لها في ذلك

---

(٩) ورد في الموطأ. قال مالك في الصَّرُورَةِ من النِساء التي لم تحجَّ قطُّ أنها إن لم يكن لها ذُو مَحْرمٍ يَخرجُ معَها، أو كان لَها، فلَم يستطعْ أن يَخرجَ معها أنها لا تترك فريضة الله عَلَيْهَا في الحجِّ، وتَخرُجُ في جماعة النِساءِ. [كتاب الحج].

(١٠) في ق ١ ولا ولياً.

(١١) متفق عليه. وروي من عدة طرق. والنص الذي ساقه المؤلف هنا هو من رواية مالك في الموطأ عن أبي هريرة لا كِنَّ آخره ورد هاكذا: إلاَّ مع ذي محرم منها، وذلك في باب[ما جاء في الوحدة في السفر للرجال والنساء].

مسيرة ثلاثة أيام، وهو مذهب أبي حنيفة. ومن مذهبه أن المرأة إذا كانت بينها وبين مكة ثلاثة أيام أو أكثر، ولم يكن لها زوج ولا ذو محرم يخرج معها، ففرض الحج سقط عنها، وقد تقدمت الحجة عليه في ذلك لمالك. وذهب مالك إلى أن الحد في ذلك مسيرة يوم وليلة، على ما في روايته في حديث الموطأ وجعل ذلك أصلاً فيما يقصر فيه الصلاة كما جعل أبو حنيفة مسيرة الثلاثة أيام التي ذهب إليها في ذلك حداً تقصر فيه الصلاة.

ومن كتاب أوّله باع غلاماً(١٢)

وسئل عن رجل تزوج أمة فولدت منه ثمّ أعتق سيدُ الأمة ولده منها، قال: إن الرضاع عليه.

قال محمد بن رشد: الهاء من عليه عائدة على الزوج لا على السيد المعتق، لأن السيد لما أعتقه صار حرّاً فسقطت عنه نفقته، ووجبت على أبيه، ولو كان أبوه معدماً أو لم يكن له أب لما سقط عنه رضاعه ونفقته في حال صغره، لأن من أعتق صغيراً ليس له من ينفق عليه فنفقته عليه وبالله التوفيق.

ومن سماع أشهب وابن نافع من مالك رواية سحنون

من كتاب الطلاق الثاني

قال أشهب وابن نافع، سئل مالك عن امرأة تزوجت رجلاً فولدت منه. ثمّ عمدت إلى أخت(١٣) لها صغيرة، فأرضعتها من لبن ذلك الرجل، ثم مات فتزوجت بعده زوجاً غيره، وقد شمت(١٤) أختها التي أرضعت، فهي أختها وابنتها من لبن زوجها

---

(١٢) في ق ١ بعشرين ديناراً.

(١٣) سقطت من الأصل.

(١٤) في ق ١ شبت.

الأول، أفتراها تحرم على زوجها الآخر؟ قال نعم، أراها من الرَّبائب، هي بنت امرأته، فقيل أينْظر إلى شعرها ويدخل عليها وتدخل عليه؟ قال: نعم ينظر إلى شعرها ويدخل عليها، وهي منه بحرمة قال الله عزّ وجل: ﴿ وربائبُكُمُ الَّـلاتي في حُجورِكُم مِن نِسائِكُمُ ﴾(١٥).

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الرجل إذا تزوج المرأة ودخل بها حرم عليه كل ما ولدت من غيره أو أرضعته قبل أن يتزوجها أو بعد أن تزوجها لقول الله عز وجل: ﴿ ورَبائبُكُم الَّلاتي في حُجُوركُم من نِسائِكُمُ اللاّتي دَخَلْتُم بهنَّ ﴾ وقول النبي عليه السلام: «يَحْـرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الْـوِلاَدَةِ» وقوله في الرواية إنها ولدت من الزوج الأول وإنها أرضعت أختها بلبنه لا تأثير له في تحريمها على الزوج الثاني، سواء ولدت منه أو لم تلد، وسواء أرضعت بلبنه، أو بلبن من غير زوج تحرم على الزوج الذي دخل بها لأنها قد صارت ابنتها من الرضاعة بإرضاعها إياها في حَوْلَي رضاعها كيف ما كان، وإنما جرا ذلك في السؤال وصفاً للحال على ما كان.

ومن كتاب الطلاق الثالث

وسئل عن الرجل يطلق امرأته ولها منه ولداً(١٦) أَلَهَا أن تطرح ولده من ساعتها؟ فقال: لا حتّى يلتمس له مرضعاً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: قال الله عزّ وجلّ: ﴿ لاَ تُضَارَّ وَالِدَةٌ بوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾(١٧) ليس له أن يأخذ ولده منها إذا أحبت أن ترضعه، ولا لها أن تطرحه إليه إذا لم يجد من يرضعه. وقد مضى في أوّل

(١٥) النساء. ٢٣

(١٦) كذا.

(١٧) البقرة: ٢٣٣

سماع ابن القاسم القول فيما ترضعه به من الأجرة إذا أحبت رضاعه، وما في ذلك من الاختلاف فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطلاق

قال: وسمعته وسئل عن المرأة تشرب الشجرة فيدر بشربها لبنها فترضع به، أيحرم بذلك الرضاع؟ فقال: نعم يحرم بذلك، أليس بلبن؟ فقال: بلى فقال: نعم يحرم بذلك، وليس ذلك بصواب. وأخاف أن تكون هذه علة، كلما فجرت امرأة وكثر لبنها قالت هذا القول، قيل له بلغنا أن رجلاً شربها فدر حتّى أرضع، فقال: بلغك الباطل والزور، وإنما يحدثك بها قوم نفاق. قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وَالْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنِ كَامِلَيْنِ ﴾[18] يجيء الرجل يرضع.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المرأة إذا درّ لبنها بشيء تشربه فأرضعت به، إنه لبن يحرم، هو مثل ما في المدونة من أن لبن الجارية البكر يحرم، وأن لبن النساء يحرم على كل حال، بظاهر قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وأُمَّهَاتُكُمُ اللاتي أَرْضَعْنَكُم وَأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ ﴾[19] ولم يخص ذات زوج ممن لا زوج لها، وكره للنساء شرب هذه الشجرة، التي يزعمن أنها تدر اللبن من غير وطء، ولم يحقق ما يزعمن من ذلك، وخشي أن يكون ذلك من قول الفواجر وما يعتذرن به إذا كثر لبنهن من الفجور، ولمّا قيل له: إن رجلاً شربها فدرّ له لبن أرضع به، أنكر ذلك، وقال: إنه باطل وزور، وهو كما قال، لأن ذلك خرق عادة، وقد أجرى الله الأمور على عوائد، فهو لا يخرقها في غير خرق العادات إلا معجزة للأنبياء، أو كرامة للأولياء وبالله التوفيق.

---

(١٨) البقرة: ٢٣٣.

(١٩) النساء: ٢٣

مسألة

وسألته عن المرأة المسلمة ترضع ولد النصراني، فقال: أما أن تعطيه ثديها فلا أرى بذلك بأساً، وأما أن تذهب فتكون عندهم في بيوتهم فلا يعجبني وكرهه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إنه لا ينبغي للمرأة المسلمة أن ترضع ولد النصراني في بيته، فإن ذلك لها مكروه من وجه امتهانها له، فإن آجرت نفسها منه ظئراً على ذلك، فسخت إجارتها. فإن ماتت مضت، ولم تحرم الأجرة، لأن أُجرة المسلم نفسه من النصراني أو اليهودي على أربعة أقسام: جائزة، ومكروهة، ومحظورة، وحرام، **فالجائزة** أن يعمل له عملاً في بيت نفسه أو حانوته، كالصانع يعمل للناس، فلا بأس أن يعمل من غير أن يستبد بعمله، **والمكروهة** أن يستبد بجميع عمله من غير أن يكون تحت يده، مثل أن يكون مقارضاً أو مساقياً، **والمحظورة** أن يؤجر نفسه منه في عمل يكون فيه تحت يده، كأجير الخدمة في بيته وإجارة المرأة نفسها منه لترضع له ابنه في بيته وما أشبه ذلك، فهذه تفسخ إن عثر عليها، فإن فاتت مضت وكانت له الأجرة، **والحرام** أن يؤاجر نفسه منه لما لا يحل من عمل الخمر، أو رعي الخنازير وما أشبه ذلك، فهذه تفسخ إن عثر عليها قبل العمل، فإن فاتت بالعمل تصدق بالأجرة على المساكين، ولم يسوغ[٢٠] إياها.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج امرأة[٢١] شهد عليها أنها كانت تسمع تقول لزوجها الذي تزوجها قبل ذلك: أخي أخي فقال: لا أرى هذا شيئاً يحرم نكاحها، وهو أمرٌ لم أسمع أحداً يذكره، وهو ابن

(٢٠) في ق ١ ولم ينبغ له أكلها.

(٢١) في ق ١ ثم شهد.

خالها، ولم يعلم(٢٢)، وهذا من كلام الناس، تقول المرأة للرجل: أخي أخي للرجل الذي لا قرابة بينها وبينه، تريد أن تقربه بذلك، لا أرى هذا في رأيي يحرم، هذا من أكثر كلام الناس، ولا أرى عليك في ذلك شيئاً. فأقم مع امرأتك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن المؤمنين بعضهم أولياء بعض وإخوة لبعض قال عزّ وجلّ: ﴿ والْمُؤمِنُونَ وَالْمُؤمِنَاتُ بَعْضُهُم أَوْلِيَاءُ بَعْض ﴾(٢٣) وقال تعالى: ﴿ إِنَّمَا الْمُؤمِنُونَ إِخوَةٌ ﴾(٢٤) وقال ﷺ: «لا يَحِلُّ لِلْمُسْلِمِ أَنْ يَهْجُرَ أَخَاهُ الْمُسْلِم»(٢٥) الحديث وقال عليه السلام: «مِنْ حَق الْمُسْلِمِ عَلَى أخيهِ أَنْ يُسَلِّمَ عَلَيهِ إن لَقِيَهُ»(٢٦) الحديث فوجب ألا يكون ما سمع من قول المرأة للرجل قبل أن تتزوجه: أخي أخي مما يُحرمُ عليه نكاحها ولا المقام معها إذا نكحها لأنها تقول ذلك على وجه الاطلاق والتقريب، وقد يقول ذلك الرجل للمرأة قبل أن يتزوجها فلا يحرم ذلك عليه نكاحها، وقد يقول لامرأته يا أختي فلا يكون ذلك طلاقاً، ولا يعد ذلك فراقاً، كما أنه قد يقول الرجل للصبي الذي لا يُعرف له نسب يا بني افعل كذا وكذا، ولا تفعل كذا وكذا، فلا يعد ذلك استلحاقاً منه له، ولا إقراراً به.

مسألة

وسئل فقيل له: أترى إن أَوْلَمَ بعد الدخول؟ فقال: ليس بذلك بأس، أنا أرى أن يفعل ذلك.

---

(٢٢) في ق ١ ولم يعلم هذا.

(٢٣) التوبة: ٧١.

(٢٤) الحجرات: ١٠.

(٢٥) متفق عليه.

(٢٦) روى مسلم في صحيحه، عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: «حَقُّ الْمُسْلِمِ على الْمُسلم ستٌّ: إذا لَقِيتَهُ فَسَلِّمْ عَلَيْهِ، وإِذَا دَعَاكَ فَأَجِبْهُ، وإِذَا اسْتَنْصَحَكَ فانـصحه وَإِذَا عَطَسَ فَحمِدَ الله فشمِّته، وإذا مَرِضَ فَعُدْهُ، وَإِذَا ماتَ فاتْبَعْه».

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن المعنى الذي من أجله أمر الرسول عليه السلام بالوليمة وحض عليه بقوله لعبد الرحمان بن عوف: أَوْلِمْ وَلَوْ بِشَاةٍ(٢٧). هو ما قاله ربيعة في رسم طلق من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح(٢٨) من إشهار النكاح وإظهاره ومعرفته، لأن الشهود يهلكون، فإذا كان ذلك هو المعْنَى في الوليمة فلا تفوت بالدخول. ويستحب للرجل إذا لم يولم عند الدخول، أن يولم بعده ليشهر بذلك نكاحه ويظهره. وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسئل فقيل له أرأيت إذا أرضعت امرأة ابناً لي، ألي أن أتزوج ابنتها؟ فقال: نعم وما بينك أنت وبينها لا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إن إرضاع المرأة ابنه لا توجب حرمةً بينه وبين ابنتها، لأنها لا تصير بذلك ابنةً له، وإنما تصير أختاً لابنه، فالحرمة إنما هي بين ابنه وابنتها، هو الذي لا يحل له نكاحها، لأن حرمة الرضاع لا تسري من قِبَل المُرضع إلا إلى ولده الذكور، والإناث وإن سفلوا، فيجوز له أن يتزوج ابنة المرأة التي أرضعت ابنه، لأنها أخت ابنته من الرضاعة، ويجوز للمرأة التي أرضعت ابن الرجل، أن تتزوج أخو الولد(٢٩) الذي أرضعت، إذ لا حرمة بين الولد والمرأة وبين أبي أختها من الرضاعة، ولا بين الرجل وأمّ أخيه من الرضاعة، والرضاع في هذا بخلاف النسب، لا يحل للرجل أن يتزوج أمّ أخته من النسب، لأنها زوجة أبيه، ولا يحل للرجل أن يتزوج أخت ابنه من النسب، لأنها ربيبة، وأما نكاح الرجل أخت أخيه، أو أخت عمته أو عمة عمته، فذلك جائز في الرضاع والنسب، إذ لا حرمة بينه وبين واحدة منهن.

---

(٢٧) رواه البخاري في كتاب [البيوع] عن عبد الرحمن بن عوف. وهو متفق عليه.

(٢٨) في ق ١ كتاب من إشهار النكاح.

(٢٩) كذا.

من سماع عيسى عن ابن القاسم

من كتاب نَقَدها نَقْدَها

وسئل عن الرجل يزوج ابنه صغيراً امرأة كبيرة، ثمّ يباري عنه، فيتزوج المرأة أجنبي، فترضع تلك المرأة الصبي الذي بارأت قال: تحرم على زوجها. لأنها حليلة ابنه، لأن الصغير كان زوجها وهي حليلة له، وقد صار ولداً لزوجها الأجنبي، لأنه رضع من لبنه، فقد صار ابنه من الرضاعة.

قال محمد بن رشد: وهذا بين على ما قال، لأن المرأة إذا أرضعت صبياً بلبن رجل صار ابنها من الرضاعة، وابناً لزوجها الذي كان اللبن منه من الرضاعة، فلما صار ابناً لزوجها، حرمت على زوجها، إذ قد كانت زوجة له، ولا يحل للرجل أن يتزوج زوجة ابنه، لقول الله عزّ وجل: ﴿ **وحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنَ أَصْلاَبِكُمْ** ﴾ وليس في قول الله عزّ وجلّ من اصلاَبِكُم دَليل على أن حلائل الأبناء من الرضاع، حلال، لأن ذلك إنما جاء تحليلاً لحلائل الأبناء الأدعياء لا لحلال الأبناء من الرضاعة وذلك أن النبي عليه السلام لمّا تزوج بنت جحش وقد كانت زوجة لزيد بن حارثة الذي كان تبناه، قال المنافقون[٣٠] وقد كان ينهى عن ذلك، فأنزل الله عزّ وجلّ تجويز الفعلة: ﴿ **وَحَلاَئِلُ أَبْنَائِكُمُ الَّذِينَ مِنْ أَصْلاَبِكُمْ** ﴾[٣١] وأنزل: ﴿ **فَلَمَّا قَضَى زَيدٌ منْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَي لاَ يَكونَ عَلَى الْمُؤمِنِينَ حَرَجٌ في أَزْوَاجِ ادْعيائِهم إِذَا قَضوْا مِنْهُنَّ وطراً، وكان أَمْرُ الله مَفْعُولاً** ﴾[٣٢].

مَسْأَلة

وسئل عن الرجل يسترضع ولداً من امرأةٍ له قد طلقها، أو

(٣٠) في ق ١ تزوج حليلة ابنه، وقد كان ينهى الخ.

(٣١) النساء: ٢٣

(٣٢) الأحزاب: ٣٧

من غيرها فيعطيها رضاع سنة ثم يموت الأب، قال: إذا مات الأب كان ما بقي من أجر السنة التي بقيت بين الورثة، لأنه إنما كان يجب عليه رضاعه ما كان حياً، قيل له فلو كان ابنه غلاماً يأكل الطعام، وهو عند أم له قد طلقها، فهو يُجرِي له النفقة عندها، فقدم إليها نفقة سنة، فمات أو فلس بعد ستة أشهر، قال: إذا مات فما بقي من النفقة فهو للورثة، وأما إذا فلس، فإن كان حين جعل ذلك هو جائز الأمر قائم الوجه، ولم يأت في ذلك منه سرف ولا محاباة، ولا أمر يتهم عليه، فذلك جائز، وإن كان على غير ذلك، رد ما بقي عنده من النفقة. قد قال ابن القاسم في غير هذا الكتاب، في الرجل يدفع إلى امرأته نفقة ولده، وقد طلقها، فيدفع إليها نفقة كثيرة، ثلاثين ديناراً ونحوها ثُمّ يفلس، قال: إن كان يوم دفع إليها عليه دين يحيط بماله، أخذ ذلك كله منها، لأنه فار بماله، فإن لم يكن عليه دين لم يؤخذ منها شيء.

قال محمد بن رشد: قوله فيما قدم الرجل من أجرة رضاع ابنه، أو من نفقته إلى التي ترضعه أو تحضنه، إن الابن لا يستوجب ذلك، كالعطية المحوزة، إذ لم يدفعه على وجه العطية له، وإنما دفع ما يرى أنه لازم له، وهو لا يلزمه إلا ما كان حياً، ويكون ما بقي من ذلك إن مات الأب موروثاً عنه، هو مثل قوله في كتاب الجعل والإجارة من المدونة، خلاف قول أشهب وروايته عن مالك في أن ذلك كالعطية للابن يستحقها طول حياته، وإن مات الأب[٣٣]، وإن مات هو في حياة الأب رجع ما بقي منها إليه، كالعبد المخدم حياة المخدم[٣٤] إن مات المخدم استحقه المخدم طول حياته، وإن مات المخدم رجع العبد إلى سيده المخدم، فكان القياس على قول ابن القاسم، إذ لم يراع تقديم الأب، فيما قدم من أجرة رضاع ابنه أو نفقته وجعل ذلك كأنه في يده،

(٣٣) في ق ١ أو مات الابن.

(٣٤) سقطت «أن مات المخدم من ق ١.

يكون لورثته إن مات، ما بقي من ذلك أن يكون لغرمائه إن فلس ما بقي من ذلك أيضاً، وإن كان يوم دفع ذلك وقدمه لا دين عليه، ولا يترك له من ذلك إلا قدر ما يترك للمفلس، إذا فلس من نفقة ولده الصغير، وذلك نفقة الأيام، على قوله في المدونة، والشهر على ما في الواضحة. فقوله: إنه إن كان يوم دفع ذلك قائم الوجه، جائز الأمر، جاز ذلك للابن، إنما يصح على مذهب أشهب، وروايته عن مالك، الذي يرى ذلك عطية محوزة للابن، ويريد بقوله قائم الوجه جائز الأمر، أن يكون المفلس مأموناً عليه، مع كثرة ما عليه من الديون، مع ألا يتحقق أنها مستغرقة لجميع ماله، فيقوم من قوله هذا أن من وهب أو تصدق أو حبس أو أعتق، وهو غريم لقوم بديون كثيرة، إلا أنه قائم الوجه غير مخوف عليه الفلس، إن أفعاله[٣٥] غير مردودة، وإن لم يخص الشهود قدر ما معه من المال، وما عليه من الدين وبهذا كان يفتي ابن زرب، ويستدل بهذه الرواية ويقول: لا يخلو أحد من أن يكون عليه دين. وقوله صحيح، واستدلاله حسن. وأما إذا علم أن ما عليه من الدين يستغرق ما بيده من المال، فلا يجوز له هبة ولا عتق ولا عطية، ولا شيء من المعروف، ويجوز له أن يتزوج منه، وأن ينفق منه على ولده الذين يلزمه الإنفاق عليهم، وأن يؤدي منه ما لزمه من عقل جرحٍ خطأٍ أو عمد لا قصاص فيه، ولا يجوز له أن يؤدي منه عن جرح يجب عليه فيه القصاص. هذا معنى قول مالك في المدونة وغيرها، وبه يقول ابن القاسم. فقوله في آخر المسألة في الذي دفع ثلاثين ديناراً أو نحوها لنفقة ابنه ثمّ فلس: إنه إن كان يوم دفع ذلك عليه دين يحيط بماله أخذ ذلك كله منها، لأنه فار بماله، صحيح، لا اختلاف فيه إذا فلس بحدثان دفعها قبل أن ينفق منها شيء، وأما إن فلس بعد أن أنفق بعضها، فإنما يرد ما بقي منها، إذ من حق المديان أن ينفق على ولده مما بيده من المال، وإن كانت الديون مستغرقة له، ما لم يفلس. وأما قوله فإن لم يكن عليه دين لم يؤخذ منها شيء، فقد بينا أن ذلك

---

(٣٥) في ق ١ إن أعطياته جائزة.

إنما يصح على قول أشهب وروايته عن مالك، لا على أصل ابن القاسم. وقد مضى في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب النكاح طرفٌ من هذا المعنى فقف على ذلك وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم[٣٦] وله بنون صغار

وسئل عن رجل تزوج أربع نسوة: ثلاث صغار، وواحدة كبيرة، فقامت الكبيرة فأرضعت الثلاث الصغار، فقال: إن كان دخل بالكبيرة حرُمنَ عليه جميعاً، وإن كان لم يبن بواحدة منهن، حرُمت عليه الكبيرة منهن أبداً، واختار من سائرهن الثلاث الصغار واحدة، وفارق سائرهن في بعض الروايات، ولم يدخلها ولا تكلم عليه القاضي رضي الله عنه.

من سماع سحنون من ابن القاسم

قال سحنون: وسئل ابن القاسم عن أخوين ولد لأحدهما جارية، وللآخر غلام، فأرضع أحد الصبيين جدة الصبيين أم أبويهما قال لا يتناكحان أبداً.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن المرضع منهما يصير ابناً للجدة بإرضاعها إياه، فإن كان المرضع الصبي صار عماً للصبية، وإن كانت المرضعة الصبية صارت عمة للصبي، ولا يحل للرجل أن يتزوج عمّته ولا ابنة أخيه، وهذا إن كان الرجلان الأخوان اللذان ولد لأحدهما جارية، والآخر غلاماً شقيقين أو لأم، لأن الأم تجمعها في الوجهين، ويصير من أرضعته أخاً لهما جميعاً، فيصير عمّ ابنة الآخر، إن كان المرضع الذكر، أو عمه ابن الآخر إن كانت المرضعة الأنثى، وكذلك إن كانا لأب، فأرضعت أحد الصبيين جدته،

---

(٣٦) سقطت هذه المسألة مع ترجمتها من ق ١ أعني من قوله: [ومن كتاب أسلم إلى قوله: ولا تكلم عليه القاضي رضي الله عنه].

أو جدة الآخر من لبن من وطء الجد، وأما إن أرضعته بلبن من غير وطء الجد، فلا يوجب ذلك بيْنهما حرمة، لأن أخت العم وعمة الأخ من الرضاعة والنسب، حلال، كأخت الأخ وعمة العم وبالله التوفيق.

مـن سماع أصبغ من ابن القاسم

سألت ابن القاسم عن الصبي يموت أبوه ولا مال له، ولا شيء له، وللأم مال ولا لبن لها، وهي ترضع، أيجب عليها أن تسترضع له من مالها؟ قال: نعم، إنِّي لأرى ذلك ولو لم يجب ذلك عليها، إذا لم يكن لها لبن؛ أما كان عليها أن ترضعه إذا كان لها لبن؟

قال محمد بن رشد: هذا استدلال مغلوب، لأن وجوب إرضاعه عليها إذا كان لها لبن، أصل لإيجاب الله ذلك تعالى عليها بقوله: ﴿ والْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنْ ﴾[٣٧] ووجوب ذلك عليها في مالها إذا لم يكن لها لبن، فرع مقيس عليه عند من شهد به، فلا يستدل بالفرع على أصله وقد ذهب اسماعيل القاضي إلى أن ذلك لا يجب عليها، وإياه اختار أبو إسحاق التونسي وقال: لو وجب عليها ذلك في عسر الأب إذا لم يكن لها لبن وهي مطلقة، لوجب ذلك عليها في يسر الأب إذا لم يكن لها لبن وهي في عصمته. وقال ابن الكاتب: إنما يجب ذلك عليها من باب وجوب إعانة من يخشى هلاكه، لا من الوجه الذي وجب ذلك على الأب، لأن ذلك من النفقة، بخلاف اللبن الذي هو در من درها وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: قلت لابن القاسم: الرجل يشتري الجارية ولها ابنة ترضعها، فيطأها وهي ترضع ابنتها، ثم تكبر الابنة، فيريد هبتها لابنه يطأها قال: لا خير فيه، ولا يعجبني، لأن ماءه وقع في

(٣٧) البقرة: ٢٣٣

لبنها. قال ابن القاسم: وكذلك الرجل يتزوج المرأة ولها ابنة من غيره ترضعها فيدخل فيطأها وهي ترضع، ثمّ تكبر الابنة، فيريد أن يزوجها ابناً له، لا يحل[٣٨] ذلك، ولا خير فيه، لأن اللقاح واحد.

قال محمد بن رشد: هذا بين لا إشكال فيه، على القول بأن لبن الفحل يحرم وهو الذي عليه جماعة فقهاء الأمصار، لحديث عائشة عن النبي عليه السلام في شأن عمها أفلح أخي أبي القُعَيس[٣٩] وقد رخصت في ذلك طائفة من العلماء لما جاء من فعل عائشة على ما مضى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم.

مسألة

قال أصبغ: قلت لابن القاسم: فالرجل تكون له امرأتان، وله أخ صغير، فأرضعت إحدى امرأتيه أخاه ذلك، فأراد أخوه ذلك أن يتزوج امرأة أخيه الأخرى التي لم ترضعه وقد مات أخوه عنها أو طلقها، قال: لا يحل له ذلك، إنها امرأة أبيه حين أرضعته بلبنه.

قال محمد بن رشد: وهذا بين أيضاً، لا إشكال فيه على القول بأن لبن الفحل يحرم كما مضى في المسألة التي فوق هذه وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: قال ابن القاسم: في المرأة ترضع صبياً بلبن رجل هو زوجها لها منه ولد، ومن غيره ولد، ولذلك الرجل ولد من غيرها، إن جميع ولدها من ذلك الرجل الذي أرضعت الغلام من لبنه، وجميع ولدها من غيرها، وولده من غيرها حرام على ذلك

---

(٣٨) في ق ١ أيحلُّ ذلك؟ قال: لا يعجبني ولا خير فيه.

(٣٩) وقع في الأصل تحريف هذا الاسم، وصوابه القُعَيْس، كما سبق ذلك في مسألة: (من كتاب مساجد القبائل).

الصبي. قال أصبغ: وما يولد له منها ومن غيرها للأبد، وتلد من غيره حرام عليه. قال ابن القاسم: لأنه صار أبوه من الرضاعة، فكل ولد له أخوه. قال الرسول عليه السلام: «يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ النَّسَبِ»(٤٠).

قال محمد بن رشد: ويحرم عليه أيضاً بنات ولدها وبنات ولده من الذكران والإناث ما سفلوا، لأنهم بنات إخوته، ويحرم عليه أيضاً أمهاتها وجميع جدّاتها وإن علون لأنهن جدات له، وبناتهن، لأنهن عمات له وخالات، ويحرم عليه أيضاً أخواتها، لأن أخوات المرأة خالات له، وأخوات الرجل عمات له، ويحرم عليه أيضاً عماتها وخالاتها ولا يحرم عليه شيء من أولاد هؤلاء(٤١) وكذلك يحرم أيضاً على ولد هذا الصبي وإن سفلوا، بناتُ المرأة المرضعة، وبنات الرجل الذي اللبن منه دنية، دون شيء من أولاد أولادهما وأمهاتهما وجداتهما، وبنات الأمهات والجدات، وأخواتهما دون شيء من بناتها. والأصل في هذا أن حِرمة الرضاع تسري من قبل المرضعة(٤٢) إلا إلى الولد وولد الولد وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لأصبغ فما تقول فيمن أرضعته جارية جده، بلبن من وطء جده، أتحرم عليه بنات عمه أم لا؟ قال: نعم قد صار عمّاً لهن أخا أبيهن.

---

(٤٠) ورد في نيل الأوطار: عن عائشة أن النَّبي ﷺ قال: «**يحرمُ من الرضاعة ما يحرمُ من الولادة**» رواه الجماعة ولفظ ابن ماجه من النسب.

(٤١) بياض بالأصل.

(٤٢) وقع في الأصل حذف والصواب كما في ق ١: والأصل في هذا أن حرمة الرضاع تسري من قبل المرضعة ومن قبل الذي كان اللبن منه إلى بناتها وإن سفلن وإلى أبويها وإن علون. وإلى أولادهما وإلى أخواتها وعماتها، دون شيء من أولادهما، ولا تسري حرمة من قبل المرضع إلا إلى الولد الخ.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه إذا رضع جارية جده بلبن من وطء جده، صار ولداً لجده وولد الجد عمّ يحرم عليه بنات عمه، لأنهن صرْنَ بنات أخيه وقد مضى هذا المعنى في سماع سحنون فوق هذا وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن جارية أرضعتها جدتها لأمها أتحل لابن عمها وهو ابن خالتها أم لا؟ قال: لا تحل له إذا كان ابن خالتها، لأنها قد صارت ابنة للجدة برضاعها إياها، فصارت أختاً لأمه، وصارت بذلك خالة الغلام، كخالة الولادة، فهي محرمة عليه، ولو لم يكن ابن العم من خالة، وكان لغير خالة، لم يضر ذلك إن شاء الله.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، لأن الجدة للأم، إذا أرضعت حفيدتها ابنة ابنتها، صارت ابنة لها، أختاً لسائر بنيها وبناتها، فولد بعض بناتها ابن أختها وهي خالته، فلا تحل له، وولد بعض بنيها ابن أخيها، وهي عمته، كما أن الجدة للأب إذا أرضعت حفيدتها ابن ابنتها صارت بذلك ابنتها أختاً لسائر ولدها، فولد بعض ولدها الذكور، ابن أختها، وهي عمته، وولد بعض ولدها الإناث، ابن أختها، وهي خالته. وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها ثمّ يفارقها، فيتزوجها رجل آخر، فتلد منه ثمّ ترضع جارية، هل يتزوج زوجها تلك الجارية التي أرضعها؟ قال: لا قال تبارك وتعالى: ﴿ **ورَبائِبُكُم اللاَّتي في حُجُورِكُم مِن نِسَائِكُمُ اللاَّتي دَخَلْتُم بِهِنَّ** ﴾[٤٣] فإذا دخل الرجل

(٤٣) النساء: ٢٣.

بالمرأة حرم عليه كلُّ ما ولدت أو أرضعت مِن غيره. قيل فهل يتزوجها ابنه؟ قال: لا بأس بذلك قال عيسى: إنما هو بمنزلة ما لو تزوج امرأة فوطئها ثمّ طلقها أو مات عنها ثمّ تزوجها زوجاً فولدت له جارية، إنه لا بأس أن يتزوجها ابن الأول من غيرها، ولا بأس أن يتزوج ابنُها من الأخرى ابنة الأول من غيرها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إن الرجل إذا تزوج المرأة ودخل بها، لا يحل له أن يتزوج ما ولدت من غيره، ولا ما أرضعت قبله ولا بعده، لأنهن من الربائب المدخول بأمهاتهن المحرمات بنص التنزيل قال عزّ وجلّ: ﴿ **ورَبَائِبُكُم اللاَّتي في حُجُورِكُم مِنْ نِسَائِكُم اللاَّتي دَخَلْتُم بهنَّ** ﴾ والرضاع والنسب في ذلك سواء لقول الله عزّ وجل: ﴿ **وأُمَّهَاتُكُمُ اللاَّتي أرْضَعْنَكم(٤٤) وأَخَوَاتُكُم مِنَ الرَّضَاعَةِ** ﴾ وقول النبي عليه السلام: «**يَحْرُمُ مِنَ الرَّضَاعَةِ مَا يَحْرُمُ مِنَ الوِلاَدَةِ**». وأما قوله فيها ولدت أو أرضعت بعده، إنه لا بأس أن يتزوجها ابنه، ومتابعة عيسى له على ذلك، فقد مضى القول فيه مستوفى في آخر سماع أبي زيد من كتاب النكاح وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

قال عيسى: قلت لابن القاسم: وإن تزوج امرأة كبيرة فدخل بها ثمّ تزوج صبية صغيرة فأرضعتها خَتَنَتُه: أم امرأته الكبيرة، كان له أن يختار أيتهما شاء، ويفارق الأخرى، لأنهما قد صارتا أختين حين أرضعتهما. وقد كان عقد النكاح فيهما حلالاً. قال أصبغ: صواب حسن.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لما أرضعت الصغيرة أم امرأته الأخرى صارتا أختين، فحرم عليه المقام معهما جميعاً، ووجب عليه أن

---

(٤٤) المرجع قبله.

يفارق أيتهما شاء، إن شاء الأولى وإن شاء الأخرى، لأن العقدتين جميعاً كانتا صحيحتين ثمّ وقع بعد ذلك ما أوجب تحريم(٤٥) واختلف في مفارَقة من فارق منهما، هل يفارقها بطلاق أو بغير طلاق؟ فقيل: إنه يفارقها بغير طلاق، فإن فارق الصغيرة التي لم يدخل بها على هـذا القول، لم يكن لهـا شيء من الصداق، وهو مذهب ابن القاسم: وقيل: إنه يفارقها بطلاق. واختلف على هذا القول إن فارق الصغيرة التي لم يدخل بها، فيما يكون لها من الصداق، فقيل: إنها يكون لها نصف صداقها لأنه كان مخيراً بين أن يمسكها، أو يفارقها، فكان كالمطلق لها قبل الدخول وهو مذهب ابن حبيب، وقيل: إنه يكون لها ربع صداقها، لأنه لو فارقهما جميعاً قبل الدخول بهما، لم يكن عليه إلا نصف صداق يقسم بينهما فتعطى الصغيرة نصف ربع صداقها، وتوفّى الأخرى تمام صداقها لأنه قد دخل بها وبالله التوفيق.

تمّ الكتاب والحمد لله.

(٤٥) إحداهما. سقطت هذه الكلمة من الأصل. وثبتت في ق ١.

كتاب الظهار

من سماع عبد الرحمان بن القاسم

من كتاب أوّله شك في طوافه

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكاً يقول: وسئل عن الذي تكون عليه كفارة الظهار، أَترا أَن الشعير مجزياً عنه في إطعامه؟ قال: إن كان ذلك طعام أَهل ذلك البلد، وهو الغالب عليهم فأَرى ذلك مجزياً عنهم. فقيل له: ربما غـلاَ الشعير حتّى يكون مكافياً للقمح في الغلا، قال: إن كان طعامهم، فأَرا ذلك مجزياً عنهم.

قال محمد بن رشد: هذا قول ابن القاسم وروايته عن مالك في **المدونة** وغيرها إن الكفارات يخرجها المكفرُ من غالب عيش بلده، كان عيشه وعيش عياله أَرفع من عيش أَهل بلده أَو أَدنى، إلا أَن يكون عيشه من الأدنى، إنما هو من ضيق وجْده فَليس عليه أَن يخرج إلا من ذلك، وذهب ابن المواز إلى أَنه إنما يجب عليه أَن يخرج مما يأكل هوَ، كانَ ذلك أرفع مما يأكل أَهل بلده أَو أَدنى، إلا أن يكون إنما يأكل أدنى مما يأكل أهل بلده بُخلاً وشحّاً فيكون عليه أن يخرج مما يتقوت به أهل بلده. وذهب ابن حبيب، إلى أنه يخرج من الأرفع، ممّا يتقوت به هو وأَهل بلده، إلا أن يعجز أَن يخرج مما

يتقوَّت به أهل بلده، فهي ثلاثة أقوال، ويخرج عندهم من كل ما تودَّى منه زكاة الفطر على ما مضى القول فيه في رسم حلف من سماع ابن القاسم، من كتاب الزرع والحبوب، كل على مَذْهَبِه في مراعاة ما يتقوت به أهل بلده دون ما يتقوت به هوَ أو مراعاة ما يتقوت به هو دون ما يتقوت به أَهل بلده أو إخراج الأرفع من ذلك، وقول ابن المواز في مراعاة ما يتقوت به دون ما يتقوت به أهل بلده أظهر من قول ابن القاسم، لأن الخطاب في قوله عزّوجلّ: ﴿مِنَ اوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ[١]﴾ إنما يتوجه إلى المكفرين لا إلى مَن سواهم من أهل بلدهم. ويؤيده حديث أبي سعيد الخدري في زكاة الفطر: «كُنَّا نُخْرِجُ زَكاةَ الْفِطْرِ صَاعاً مِنْ طَعَام أَوْ صَاعَاً مِنْ شَعِير أَوْ صَاعاً من تَمْرٍ أوْ صَاعاً مِنْ أَقِطٍ أَوْ صَاعاً مِنْ زَبِيب[٢]» لأنهم كانوا أهل بلد واحد، وإنما افترق ما كانوا يخرجون، لافتراق ما كانوا به يتقوتون. ولابن حبيب فيما يخرج به زكاة الفطر من الأصناف تفصيل فيه نظر، من أَحَبَّ الوقوف عليه تأمله في موضعه، وكذلك اختلف في مقدار مكيلة كفارة الظهار على ثلاثة أقوال: **أحدها** قول ابن القاسم وروايته عن مالك في **المدونة** إنه يخرجها بمدّ هشام، وهو مدان إلا ثلث لأنها مطلقة في القرآن، لم تقيد فيه بالوسط من الشبع، ككفارة الْيمين فحملت على الشبع الكامل. **والقول الثاني** رواية مطرف عن مالك أنه يُخرج فيها لكل مسكين مدان بمد النبي عليه السلام حملاً على كفارة فدية الأداء، المطلقة في القرآن، المقيدة في السنة بمدين، وإليه ذهب ابن حبيب، وذكر في ذلك أثَراً[٣] عن النبي ﷺ أنه أعطا المُظاهر شطر تمر وهو نصف وسق، ليكفر به عن ظهاره **والقول الثالث** إنه يخرج فيها لكل مسكين مدّاً واحداً بمد النبي عليه السلام، حملاً على كفارة اليمين المقيدة في القرآن بالوسط من الشبع، وهو قول ابن القصار في كتابه، وعليه يأتي قول ابن الماجشون وما في كتاب محمد ابن المواز: إنه إن غدًّا وعشًّا

(١) المائدة: ٨٩.

(٢) رواه مالك في الموطأ عن أبي سعيد الخدري، وهو متفق عليه.

(٣) خرجه أبو داوود.

في الظهار أجزأه، ولا ينبغي له أن يفعل ذلك، ويؤيد هذا القول ما روي من أن الرسول ﷺ أعطا المظاهر عدناً في قدره خمسة عشر صاعاً ليكفر به عن ظهاره. خرَّجه الترمذي. وإن قول مالك يختلف إن الرقبة فيه مومنة، حملاً على آية القتل، فكذلك يجب أن يجزي فيه مد لكل مسكين، حملاً على آية كفارة اليمين. وأيضاً فإن الذمة برية، ولا ينبغي أن يثبت فيها بشيء إلا بيقين والله أعلم. وقد قيل في مدّ هشام: إنه مدّان وقيل مدّ وثلث والله أعلم.

ومن كتاب سنّ رسول الله ﷺ

قال ابن القاسم: قال مالك في رجل قال لأمته أنت أحرم عليَّ من أُمي فأَراد أن يطأها فقال: لا يطأها حتى يعتق رقبة. قال ابن القاسم: وقد نزلت عندنا في رجل قال لامرأته أنت عليَّ حرام مثل أُمي فكتب بها إلى أحمد يسأله فأجاب مالك فيها إنه ظهار.

قال محمد بن رشد: هذا المعنى مكرر في غير ما موضع، من ذلك ما في سماع أشهب من هذا الكتاب، ومن كتاب الإيلاء، وما في سماع عيسى من هذا الكتاب، ومن كتاب التخيير والتمليك ومن كتاب الأيمان بالطلاق، وما في سماع يحيى وأَصبغ وأَبي زيد من هذا الكتاب. وتحصيل القول في هذه المسألة إن التحريم بذوات المحارم كلهن من نسب أَو صهر أَو رضاع ظهار، سمى الظهار أَو لم يسمه، إلا أن يريد بذلك الطلاق، فيتخلف في ذلك على ثلاثة أقوال: **أحدُها** أَن ذلك ظهار، وهو قول ابن الماجشون، **والثاني** أَن ذلك طلاق، وهو قول ابن القاسم، ولا يُنَوَّا عنده في المدخول بها ويُنَوَّى عند سحنون، **والثالث** أنه إن سمي الظَّهر فهو ظهار، وإن لم يسمه فهو طلاق، وهو قول مالك في رواية أَشهب عنه، وأَن التحريم بالأجنبيات طلاق إن أراد به الطلاق، وإن لم يرد به الطلاق، أراد به الظهار أو لم يرده، فيختلف فيه على ثلاثة أقوال: **أحدُها** إنه طلاق، وهو قول ابن الماجشون، **والثاني** إنه ظهار، وهو قول ابن القاسم في رواية أبي زيد عنه، **والثالث** الفرق بين أن يسمي الظَّهر أو لا يسميه، وهو قول ابن القاسم في **المدونة** وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج أَمة ثمّ ظاهر منها، ثمّ اشتراها فأَعتقها في تظاهره منها، ثمّ أراد أن يتزوجها، فقال: يجزي ذلك عنه من تظاهره ومعنى قوله: إنها إذا لم تكُنْ حاملاً واشتراها وليس في بطنها حمل، وذلك لأَنَّا سمعنا منه أنه يقول: هي أُم ولد بذلك الحمل. وقال مالك: لا يجزي عتق أُم الولد في الظهار إذا ظاهر منها أو من غيرها. قال ابن القاسم: فحملنا هذا على وجه قوله والله أعلم.

قال محمد بن رشد: إنما ينبغي أن يجزي ذلك عنه من تظاهره على القول بأن العودة العزم على الوطء، وعلى القول بأنه إذا ابتدا الكفارة في العصمة جاز له بعد الخروج من العصمة، ويكون معنى المسألة أنه لما ظاهر منها عزم على وطئها قبل أن يشتريها، فوجبت عليه الكفارة بذلك، فلمّا اشتراها وهي غير حامل، جاز له أن يعتقها فيما وجب عليه من الكفارة بالعزم على الوطء، وأما على القول بأن العَودة العَزم على الوطء مع استدامة العصمة، وأنَّه لا يجوز له أن يتم الكفارة بعد الخروج من العصمة، وهو المشهور في المذهب، فلا يصح أن يجزيه عتقها، ولا الكفارة بعتق غيرها ولا بما سواه من صيام أو إطعام، إلا بعد أن يتزوجها ويعزم على وطئها، لأن الكفارة لا تصح إلا مع إرادة الوطء في حال يجوز فيه.

ومن كتاب اغتسل على غير نيّة

وسئل عن متظاهر أَجمع على إمساك امرأته ثمّ صام فماتت فقال: لا أرى عليه إتماماً، فقيل له: فإنه يشق عليه الصيام، فطلقها لموضع الصيام الذي يشق عليه، قال مالك: لا أرى عليه إتماماً لصيامه.

قال محمد بن رشد: أجمع على إمساك امرأته، يريد به أجمع على إمساكها وإصابتها، ولو أجمع على إمساكها ولم ينو المصاب وَلا أراده، لَمَا أجزأه

الصيام، وإن أَتمَّهُ إلا على ما يدل عليه قول ابن نافع في المدونة وهو قول شاذ خارج عن أقاويل العلماء، وقوله: إنها إذا ماتت فلا يجب عليه إتمام صيامه صحيح، على المشهور في المذهب، من أن العودة إرادة الوطء، والإجماع عليه مع استدامة العصمة فمتى انفرد أحدهما عن الآخر، لم تجب الكفارة إن أجمع على الوطء ثم قطع العصمة بطلاق فلم يستدمها أو انقطعت بموت، سقطت الكفارة، وإن كان قد عمل بعضها، سقط عنه سائرها وكذلك إن استدام العصمة ولم يرد الوطء، ولا أجمع عليه، لم تجب عليه الكفارة بل لا تجزئه إن فعلها وهو غير عازم على الـوطء، ولا مُجمعٌ عليه، فالكفارة على هذا القول تصحُّ بالعزم على الوطء والإجماع عليه ولا تجب إلا بالـوطء، وعلى ما في الموطأ من أن العودة إرادة الـوطء، والإجماع عليه تجب الكفارة عليه إذا أجمع على الوطء وإن ماتت أو طلقها، وإن كان عمل بعضها كان عليه تمامها. وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين ديناراً

وسئل مالك عن رجل قال كل امرأة أَنكِحُها فهي عليَّ كظهر أُمي فقال: كفارة واحدة تجزيه، فقيل له: أفرأيت إن كانت له امرأة، فقال لها كل امرأة أتزوجها عليك فهي عليَّ كظهر أمي؟ قال: تجزيه كفارة واحدة، قـال عليك أو لم يقل عليك.

قال محمد بن رشد: هذه مثل ما في المدونة وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم، أن عليه لكل امرأة كفّارة. وروى أشهب أن مالكاً قاله مرّة، وهو قول ابن نافع. وجهُ **القول الأول** إن الكفارة إنما هي لما لفظ به من القول المنكر، فلم يكن عليه إلا كفارة واحدة، قال ذلك ابن الماجشون في كتابه، وليس ذلك بوجه بيّن، وإنما الوجه في ذلك، أن قائل ذلك، إنما قصد إلى الامتناع من التزوج أبداً أو من التزوج على امرأته بالظهار، والظهار يمين تكفر، فكأنه قال: والله لا أتزوج أبداً، ولا أتزوج على امرأتي أبداً، أو كأنه قال: إن تزوجت أبداً وإن تزوجت على امرأتي، فعليَّ كفارة الظهار، فوجب

أن يكون عليه كفارة واحدة إن تزوج، أو إن تزوج على امرأته. **ووجه القول الثاني** اعتبار ما يقتضيه اللفظ من إفراد، كل امرأة يتزوجها بحكم الظهار فيها لأنه كأنه قال: كل امرأة أنكحها فعليَّ فيها كفارة ظهار، أو كلما تزوجت امرأة فعلي فيها كفارة الظهار. وهذا القول أظهر، لأن الظهار كان في الجاهلية طلاقاً، فخفف الله ذلك، بأن جعل فيه الكفارة، فكما كان الطلاق يلزم بهذا القول في كل امرأة يتزوجها، وكذلك يلزمه الظهار، في كل امرأة يتزوجها، وأما لو قال: من تزوجت من النساء فهي عليَّ كظهر أُمي لوجب عليه في كل امرأة يتزوجها كفارة، ولا خلاف في ذلك، بخلاف قوله: كل امرأة أتزوجها، وكذلك لو قال لنسوة إن تزوجتكن فأنتن عليَّ كظهر أُمي، لم يلزمه إلا كفارة واحدة، ولا خلاف في ذلك، بخلاف قوله: تزوجت منكن. قال ذلك ابن المواز، ولم يعجب أبا إسحاق تفرقته بين كل امرأة أتزوجها، وبين من تزوجت من النساء، وكذلك ليس بينهما فرق بيّن في المعنى. والله أعلم وبه التوفيق.

من سماع أَشهب، وابن نافع، من مالك
رواية سحنون عنهما من كتاب الطلاق

قال أشهب: وسمعته يسأَل عمن ظاهر من امرأته، ثم طلّقها طلقة، ثم أراد أن يكفّر، ثم يرتجع بعد ذلك قال: يرجع ثمّ يكفّر قال ابن نافع وقال مالك: إن كفّر قبل أن يرتجع أجزأه ذلك، إن كانت في العدة قبل أَن تنقضي. قال أشهب: إن كفّر قبل أن يرتجعها فذلك يجزي عنه ولا بأس به إن فرغ من الكفّارة قبل أن تبين منه، فإن بانت منه قبل فراغه من الكفارة سقط ما كفر به من الصيام والإطعام، وكانت عليه الكفارة مبتدأة إن هو تزوجها قبل أن يصيبها، قال أشهب: وقال ذلك المخزومي أيضاً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن المُظاهِر من امرأته إن طلقها طلقة ثمّ أراد أن يكفّر، إنه يرتجع قبل الكفّارة، إنما هو استحسان، بدليل قوله بعد ذلك: إنه إن كفر قبل أن يرتجع أجزأه، يريد إذا فرغ من الكفارة قبل أن

تبين منه كما قال أشهب: ومعنى ذلك، إذا كفر بنية العودة وهي أن ينوي الارتجاع ويعزم على الوطء، لأن الكفارة لا تصح إلا بعد العزم على الوطء والإجماع عليه، على ما مضى في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، وقول أشهب: إنها إن بانت منه قبل فراغه من الكفارة سقط ما كفر به من الصيام والإطعام، هو المشهور في المذهب، وقال ابن عبد الحكم: يتم على صيامه وإطعامه، ويجزيه، وهو قول ابن نافع في **المدونة** وفرق ابن الماجشون في ديوانه، بين أن يمضي في الكفارة أقلها، أو أكثرها، وأما إن لم تتم له كفارته حتّى تزوجها، فاتفق على أنه لا يبني على الصيام، واختلف هل يبني على الإطعام؟ فقال أشهب: ها هنا إنه لا يبني، وقال أصبغ: له أن يبني، فيتحصل في الإطعام أربعة أقوال: **أحدها** إنه لا يبني بعد انقضاء العدة وإن تزوجها، وهو قول أشهب. **والثاني** إنه يبني وإن لم يتزوجها، وهو قول ابن عبد الحكم وابن نافع. **والثالث** إنه لا يبني إلا أن يتزوجها، وهو قول أصبغ، **والرابع** الفرق بين أن يمضي منه أقله أو أكثره وهو قول ابن الماجشون، وفي الصيام ثلاثة أقوال: **يبني، ولا يبني، والفرق** بين أن يمضي منه أقله أو أكثره وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن يظاهر من امرأته فيصوم في تظاهره منها شهراً ثمّ يطلقها طلاقاً له فيه رجعة، ثمّ يتم صيامه ولا يرتجعها، أترا ذلك يجزيه ويخرجه من الظهار؟ فقال: نعم.

قال محمد بن رشد: أما إذا طلقها طلاقاً رجعياً، فلا اختلاف في أن لــه أن يبني على صيامه، ومعنى ذلك، مع أن ينوي مراجعتها وإصابتها، وأَما مع ألا يريد مراجعتها ولا إصابتها، فلا يصح له على مذهبه أن يبني على صيامه، وقد مضى بيان هذا في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم.

وأما إذا طلقها طلاقاً بائناً فلا يصح أن يبني على مذهب مالك، ويصح له ذلك على قول ابن نافع في **المدونة**، وقول ابن عبد الحكم، وعلى قول ابن

الماجشون: إن كان مضى من الكفارة أكثرها على ما مضى في المسألة التي قبل هذه، إذ لا فرق في ذلك بين أن تبين بانقضاء العدة ويكون الطلاق بائناً. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطلاق

وسئل عن الذي يقول لامرأته: أنت عليَّ كأُمي، وهو يريد الطلاق. قال: تطلق عليه. قلت: أرأيت إن رجعت إليه بعد نكاح، أَيكون عليه كفارة الظهار؟ قال: لا ما لَهُ وللظهار هذا؟ إنما أراد الطلاق.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى تحصيل القول فيها في رسم سنّ من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

وقوله: إنها إن رجعت إليه بنكاح جديد، لا يكون عليه كفارة الظهار صحيح، وسواء في هذه المسألة كان مستفتياً أو مطالباً بحكم الظهار، إذ لم يذكر الظهر، ولو قال: أنت عليَّ كظهر أُمي لم يصدق إذا حضرته البينة وطولب بحكم الظهار إذا تزوجها، لأنه يتهم في إسقاط حكم الظهار عن نفسه بادعائه أنه أراد الطلاق، فيوخذ في الطلاق بما أقر به على نفسه، وفي الظهار إن تزوجها بما أَفصح به من قوله. وبالله التوفيق.

مسألة

قال أشهب: وسمعت مالكاً وسئل عن المظاهر من امرأته، أله أن يضاجعها ولا يمسها قبل أن يكفّر؟، قال: لا حتّى يفرغ مما عليه فقلت له وهل يرا شعرها؟ قال: نعم أرجو ذلك.

قال محمد بن رشد: خفف مالك هاهنا أن ينظر المظاهر إلى شعر امرأته التي ظاهر منها، وقال في المدونة: لا بأس أن ينظر إلى وجهها ولا ينظر إلى شعرها، ولا إلى صدرها قال في موضع آخر: لأن ذلك لا يَدعُو إلى خير،

فدل على أنه كره ذلك للذريعة مخافة التطرف إلى ما بعد ذلكَ لكان ذلك محظوراً عنده، لأن الله تعالى إنما قال ذلك: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا(٤)﴾ وليس النظر إلى شيء من ذلك مماسة، وإنما اختلف أهل العلم في القُبلة والمباشرة واللمس والجس، فمنهم من حمل قوله تعالى: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا﴾ على عمومه فمنع من ذلك كله إلا بعد الكفارة، وهو مذهب مالك. ومنهم من قال: إن للمُظاهر أن يقبل ويباشر، ويطأ في غير الفرج، فحمل الآية على غير العموم، وقال: إن المراد بالمُمَاسَّة الوطء خاصة وهو قول الحسن وعطاء والزهري، فيأتي على مذهب من حمل الآية على العموم، أنه إن قبل أو باشر قَبْل أن يكفِّر، وجبت عليه الكفّارة، وهو قول مطرف: إنه إن قبَّل في خلال الكفارة ابتدأها، وقال أصبغ وسحنون: إذا قبل وباشر في خلال الكفارة، استغفر الله ولا شيء عليه، فالامتناع على مذهب مطرف مما عدا الوطء واجبٌ، وهو الظاهر من قول مالك لأنه قال: يجب على المرأة أن تمسك نفسها، وإن رفعته إلى الإمام حال بينه وبينها، وعلى قول أصبغ وسحنون، مستحب، وعلى قول الحسن ومن قال بقوله مباح. وبالله التوفيق.

من سماع عيسى من ابن القاسم
من كتاب الثمرة

قال ابن القاسم: إذا قال الرجل اشتروا عبدَ فلان وعبد فلان فأعتقوهما عني في ظهار وجب عليَّ وقتل نفس، فنظر في ثلثه فلم يحملها، قال: يُسهم بينهما، فأَيهما خرج سهمه اشتري فيعتق، قلت: في أي شيء يعتق؟ أفي الظهار أم في قتل النفس؟ قال: بل في قتل النفس.

قالت: لم؟ قال: لأن قتل النفس لا يُطعم فيه المساكين،

(٤) المجادلة: ٣.

والظهار يطعم فيه المساكين، فإن اشتروا هذا العبد الذي خرج سهمه فيعتق أطعم بفضلة الثلث المساكين في الظهار.

قلت: فإن لم يبلغ ما يطعم به ستين مسكيناً. قال يطعم به ما كان.

قلت: فإن فضل عن إطعام ستين مسكيناً؟ قال: يعان بالفضلة في رقبة أو في رقاب.

قلت: فإن كان ثمن الذي خرج سهمه يحيط بجميع الثلث، في أي شيء يعتق العبد؟ أفي الظهار أم في قتل النفس؟ قال: في القتل، لأن الظهار أمر قد اختلف فيه، لأن بعض الناس قد قالوا: لو أن رجلاً تظاهر من امرأته ثمّ وطئها قبل أن يكفّر، ثمّ طلقها، إن الكفارة ليست عليه بواجبة، وهو قول أهل المشرق، وبعض من ارتضى من أهل المدينة، والقتل لا اختلاف فيه أن ذلك عليه عاش أو مات، فالقتل أوجبهما عليه لما اختلف فيه من الظهار، وهو أحب إليّ.

قال محمد بن رشد: قوله إذا لم يحملها الثلث، إنه يسهم بينهما، فأيهما خرج سهمه اشتري فأعتق، هو على قوله في المسألة التي بعدها، إذا أوصى أن يُعتق عبد من عبيده في ظهار عليه، إنه يسهم بينهم، أَيُّهم يعتق في الظهار، خلاف قول أصبغ وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد، والذي يأتي في هذه المسألة على قول أصبغ، وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد: أن يكون الورثة بالخيار، في أن يشتروا للعتق أيهما شاؤوا ذلك إذا كانت أَثْمانُهُما مستوية، وأما إذا كان أحدهما أكثر ثمناً من الآخر، فالواجب على هذا القول أن يُشترى للعتْق الأقل ثمناً منهما، فإن بلغ ما يفضُل من الثلث ما يُشْترى به عبد اشتري للكفارة الأخرى وإن لم يكن فيه ما يشترى به عبد أطعم فيه عن الظهار. وأما قوله: إنه يعتق العبد الذي خرج عليه السهم في القتل ويطعم بفضل الثلث عن الظهار، فهو أمر لا اختلاف فيه، إن كان

يفضل من الثلث ما يطعم به ستين مسكيناً عن الظهار، وأما إن كانت الفضلة لا تبلغ إطعام ستين مسكيناً، ففي ذلك قولان: **أحدهما** إنه يعتق العبد أيضاً في القتل، ويطعم بالفضلة من المساكين ما بلغت، وهو قول ابن القاسم. **والثاني** إنه يعتق العبد عن الظهار ويشرك بالفضلة في رقبة عن القتل، وهو قول أصبغ في سماعه بعد هذا، وأما إن لم يكن في الثلث فضل عن ثمن العبد الذي خرج السهم عليه، ففي ذلك أربعة أقوال: **قيل**: إنه يعتق في القتل، لأن الظهار قد اختلف فيه، وهو قول ابن القاسم هاهنا. **وقيل**: إن ذلك إلى الورثة يعتقونه على أي الكفارتين شاءوا. وهو قول ابن القاسم في سماع أصبغ، **وقيل**: يُقرع بين الكفارتين، فيعتق عن الكفارة التي خرج السهم لها **وقيل** يتحاصّان. فما ناب الظهار أُطعم به، وما ناب القتل شورك به في رقبة أُخرى. وهذان القولان الآخران يتواليان على ما في **المدونة** من قوله فيها إنه لا يبدأ أحدهما على صاحبه. وبالله التوفيق.

وقوله لأن بعض الناس قد قالوا: لو ان رجلاً تظاهر من امرأته ثمّ وطئها قبل أن يكفر، ثمّ طلقها، إن الكفارة ليست عليه واجبة، ظاهره ولو وطىء مراراً. فلم ير قائل هذا القول الكفارة تجب بالوطء، وإنما رآها ليباح بها الوطء في المستقبل، فمن مات أو طلق لم تجب عليه كفارة، فيقال على هذا القول لمن ظاهر: لا تقرب امرأتك حتّى تكفر، لقول الله عزّ وجلّ ﴿**مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتَمَاسَّا**﴾ فإن وطىء قبل أن يكفر قيل له قد عصيت وأَثِمْتَ، ولا يجوز لك أن تطأ أيضاً حتى تكفر، فإن وطىء أيضاً قبل أن يكفر، قيل له قد عصيت ثانية وأَثِمْتَ، ولا يجوز لك أيضاً أن تطأ حتى تكفر هكذا أبداً يكون كلما وطىء قبل الكفارة عاصياً ممنوعاً من الوطء فيما يستقبل حتى يكفر، وهو قول له وجه. وقد قال ابن القاسم: إنه قول من يُرتَضى من أهل المدينة.

مسألة

قلت: فإن قال أعتقوا من رقيقي رأساً فإنَّ عليَّ رقبة في ظهار، فنظروا في عبيده، فإذا هم كلهم ليس فيهم من يجوز في الرقاب

الواجبة، قال: يباع منهم ويشترى رقبة.

قلت: فإن كانوا ممن يجوز في الرقاب، ولكنهم كل واحد منهم قيمته أكثر من الثلث، قال: يباع منهم أيضاً فيشترى رقبة تجوز في الرقاب الواجبة.

قلت: فإن كان فيهم من يجوز في الرقاب، وثمنه الثلث فما دونه، وثمّ من يجوز، وثمنه أكثر من الثلث، وثمّ من لا يجوز رأساً قال: يعزل منهم الذين لا يجوزون، والذين أثمانهم أكثر من الثلث، ويسهم بين الآخرين فمن خرج سهمه أُعتق.

قلت: فإن كان أوصى أن عليه رقبة في قتل فلم يكن في ثلثه ثمن رقبة، ماذا يصنع بالثلث؟ قال: أرى أن يطلب بالثلث رقبة، يشركون فيها آخر، فتعتق كلها، فإن لم يجدوا أعانوا بالثلث في رقاب.

قلت: ولا يشترون نصف رقبة فيعتقونها، ونصفها عبد، قال: لا يَضعون ذلك إلا في رقبة يتمون عتقها وإلا أعانوا به في رقاب. قال أصبغ مثله إلا السهم، فإني لم أر أن يُسهم عليهم، ولكن يعتق الورثة أو الوصي واحداً منهم ممن يجوز في الرقاب بلا عيب، ممن هو أقل من الثلث أو الثلث، ممن شاءوا أو رأوا، وإن كان فيهم من هو أرفع منه ثمناً أو مثله أو دونه، فذلك إليهم، لأنه عتق كفارة أمرهم بها، وليست وصية فيهم ولهم، ولا تطوع جعل عتقه جارياً في عدتهم، ولا شيء وجب عليه فيهم بأعيانهم قبل ذلك، إنما هي رقبة واجبة عليه أُمر أن تُخرج من ماله ورقيقه عنه. أَلا ترا أن ابن القاسم يقول: إذا وجد فيهم من يجوز في الرقاب الواجبة مثله، قال: يشتري رقبة من الثلث يعتق عنه، فهذا دليل على أن المعتق

ليس فيهم بأعيانهم، فإذا شرك حتّى لا يعتق أحد منهم إلا بسهم، ولو كان كذلك ما جاز أن يشترى من غيرهم إذا لم يكن فيهم من يجوز، فإنما هي وصية بكفارة أرادها حتّى لو مات أولائك الرقيق أجمعون، أو استُحقوا لم تسقط الكفّارة من ماله، إن بقي له مال يكون له الثلث، يعتق فيه، وإنما يحمل قوله من رقيقي المشهورة، وإن فيهم من يعتق في ذلك بِعلم أو جهل أو ظن نرجوه، ونحو ذلك، ولو تركهم وفيهم من يجوز وأعتق من غيرهم، لم يكن مخطئاً خطأً يكون به ضامناً، ورأيت ذلك مجزياً ويرقون جميعهم ولا قول لهم وهذا رأيي.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه لم يكن فيهم من يجوز في الرقاب الواجبة، إنه يباع منهم، ويشترى رقبة فتعتق، صحيح، لا اختلاف فيه ومعناه، إذا لم يكن عالماً بذلك، كما قال في سماع أبي زيد، ومعناه أيضاً إذا كانت الرقبة من ظهار، كما قال. وكذلك لو كانت من قتل خطأ، لأنها واجبة في الوجهين جميعاً، وذلك مثل قوله في المدونة، ورأيته عن مالك في الذي يوصي وهو صَرورة أن يحج عنه رجل بعينه، أن يحج عنه، فأبا ذلك الرجل أن يحج عنه، إنه يعطى ذلك غيره ممن يحج به، ولا يرجع ذلك إلى الورثة، ولو كانت الرقبة من قتل عمد، فلم يكن في عبيده من يجوز في الرقاب، لجرا ذلك على الاختلاف الذي في المدونة فيمن وصّى أن يحج عنه، رجل يعينه بحجة تطوع، فأبى ذلك الرجل أن يحج عنه، هل يرجع المال إلى الورثة أو يحج به عنه غيره، لأن الرقبة في قتل العبد تطوع، وليست واجبة، فهي كحج التطوع؟ فعلى قول ابن القاسم وروايته عن مالك في المدونة إذا لم يكن فيهم من يجوز في الرقاب الواجبة تبطل الوصية، وعلى قول غيره فيها، يباع منهم، ويشترى من غيرهم من يجوز في الرقاب الواجبة، فيعتق، وإنما يباع منهم ما يقع واحد من عددهم على ما قال في سماع أبي زيد. وهذا كله بيّن والله أعلم. وأما قوله: إنه يُسهم بينهم وبين من يجوز منهم في الرقاب الواجبة إن

كان فيهم من لا يجوز في الرقاب، فقد اختلف قوله في ذلك، فله في سماع أبي زيد مثل قول أصبغ ها هنا. إن الورثة يَعتِقُون من شاءوا منهم، ولا يُسهمون بينهم، ولكلا القولين وجه من النظر، فوجه القول بأنه يسهم بينهم إنه لَمَّا أوصى أن تعتق الرقبة التي عليه منهم وجب أن يُسهم بينهم كما لو أوصى أن يعتق منهم عبداً تطوعاً لاحتمال أن يكون قصد أن يجعل وصيته فيهم لشيء كان منهم إليه أو منه إليهم، على نحو ما جاء في الذي أتى النَّبِيّ عَلَيْهِ السَّلامُ فقال: يا رسُولَ اللهِ: إنَّ جَارِيَةً لي كَانتْ تَرْعَى غَنَماً لي بِجَنْبِهَا، وقَدْ فُقِدَتْ شَاةٌ مِنَ الْغَنَمِ فَسَأَلْتها عَنْهَا فقَالَتْ: أَكَلَهَا الذِئْبُ فأَسِفْتُ عَلَيْهَا وكُنْتُ مِنْ بَنِي آدَمَ فَلَطَمْتُ وَجْهَهَا وعَلَيَّ رَقَبَة أَفَأعتِقهَا؟ فقال له رسول الله: «إنَّ الله(٥)» الحديث ألا ترى أنه أراد أن يجعل الرقبة التي عليه فيها من أجل أنه لطمها. ووجه القول: بأنه لا يسهم بينهم هو أن السهم غرر، فلا ينبغي أن يستعمل إلا حيث تدعو إليه الضرورة، بأن يتحقق أنه أراد أن يجعل وصيته فيهم بأعيانهم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّله نقدَها نقْدَها

قال عيسى: قال ابن القاسم في المظاهر تخدمه امرأته، فقال: أَما أن تخدمه وتناوله الشيء فلا بأس ويستتر.

قال محمد بن رشد: ظاهر قوله ويستتر، إنه لا ينظر إلى شعرها مثل ما في المدونة وذلك للذريعة وقد مضى القول في هذا مستوفاً في رسم الطلاق من سماع أشهب وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل ظاهر من امرأته فصام شهراً ثمّ طلقها، فمضى على صيامه حتّى أتمّ الشهر، قال: إنما أراد بذلك الكفّارة إن هو ارتجعها في العدة، وكان طلاقه إياها واحدة، فذلك يجزيه، وإن كان صالحها أو طلقها ألبتة، فقد انقطعت العصمة بينهما، ولا ينفعه

(٥) لم اقف عليه.

ذلك وبالله التوفيق. إن هو تزوّجها يوماً ما.

قال محمد بن رشد: في قوله: إن كان إنما أراد بذلك الكفارة إن هو ارتجعها في العدة نظر، لأنه خلاف المشهور في المذهب المعلوم من مذهب ابن القاسم من أنَّ من كفّر قبل أن يريد العودة لم تجزه الكفارة، هذا قوله في **المدونة** وقول كبار أصحاب مالك فيها: إن المظاهر إذا كفّر بغير نية الجماع كما قال الله: ﴿ثُمّ يعودون[٦]﴾ فمعنى يعودون يريدون، إن ذلك لا يجزيه، وكان يحيى بن عمر يقول تعلقاً بظاهر هذا اللفظ وما كان مثله من نحو قول ابن نافع في **المدونة**، ولأنه ممن كانت العودة جائزة له قبل أن يطلق: إن من صام وهو لا يريد المصاب، إلا أنه يريد حبس امرأته، إنه يجزيه، والصواب إن ذلك لا يجزيه على ما مضى القول فيه في رسم اغتسل من سماع ابن القاسم، وفي أوّل سماع أشهب وقد مضى في سماع أشهب تحصيل الاختلاف في إتمام الكفارة بعد الطلاق البائن، فلا معنى لإعادة ذلك وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمّن ظاهر من نسوة له بكلمة واحدة، فقال: كفارة واحدة تجزيه عنهم جميعاً. قيل له: فإن جهل وظن أنه لا تجزيه إلا كفارة كفَّارة، فصام عن إحداهن. قال مالك: الكفّارة تجزيه عنهن جميعاً.

قال محمد بن رشد: هذا مثل ما في نص **المدونة** ولا اختلاف في ذلك أعلمه، لأنه إنما هو بمنزلة من قال: والله لا أقرب واحدة منكن، فليس عليه إلا كفارة واحدة، قربهن جميعاً أو قرب واحدة منهن. وإن كفر قبل أن يطأ أجزأته الكفّارة، وسواء نواهن كلهن بها أو لم ينو إلا واحدة منهن وبالله التوفيق.

---

(٦) المجادلة: ٣ وأول الآية: ﴿**والذين يظهرون من نسائهم**﴾.

ومن كتاب العريّة

وقال لي آفهمْ: إنما الظهار ثلاثة وجوه، إن قال الرجل لامرأته أنت عليّ كظهر أمي هكذا من غير أن يحلف على شيء يفعله، أو قال أنت عليّ كظهر أمي إن كلمت فلاناً فكلمه فحنث، فلم يمسها حتّى طلقها البتة، فتزوجها بعد زوج، قال: لا يطأها لو تزوجها بعد عشرين زوجاً حتّى يكفر، وإن قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي إن كلمت فلاناً فطلقها ألبتة قبل أن يكلمه، ثمّ تزوجها بعد زوج، فأراد كلامه فليكلمه ولا شيء عليه، لأن ملك النكاح الذي حلف فيه قد ذهب حين طلق ألبتة، فليكلمه ولا شيء عليه قال: وإن ظاهر منها ابتداء من غير يمين، أو تظاهر بيمين ثمّ حنث فمسها قبل أن يكفر، فإن الكفارة تلزمه، وإن طلقها أو مات، قال: وإن طلقها واحدة فانقضت عدتها أو البتة، فأراد أن يكفر، ثمّ يتزوجها لم يجزه ذلك حتّى يكفر بعد التزويج قال : ولو طلقها واحدة وهو من أهل الصيام أو الاطعام، فابتدأ الصيام أو الإطعام، فلم يفرغ حتّى انقضت عدتها لم يجزه من ذلك شيء وإن أتمه، ولا تجزيه الكفارة إلا ما دامت في ملكه.

قال محمد بن رشد: وهذا على ما قال إن من الظهار ما يسقط بانقضاء ملك النكاح، فلا يعود إذا رجعت إليه، ويعود إذا رجعت إليه بعد طلقة أو طلقتين، وهو اليمين بالظهار إذا طلق قبل الحنث. ومنه ما يسقط بالطلاق البائن، واحدة كان أو ثلاثاً، ويعود متى ما رجعت إليه وهو الظهار، إذا لزم بقول أو فعل ثمّ طلق قبل الوطء، ومنه ما لا يسقط بطلاق ولا موت، وهو إذا ظاهر ثمّ وطىء. ومعاني افتراقها بينة، لأن الوجه الأول بيمين الظهار لم يحنث فيه، فيعود ما لم ينقض الملك، والثاني ظهار قد

لزم، فمتى رجعت إليه رجع عليه الظهار، إذ لا يستطيع أن يطأ إلا بعد الكفارة، والثالث كفّارة قد لزمت بالـوطء فلا تسقط على حال، ولا اختلاف في أن المظاهر إذا طلق طلاقاً بائناً قبل أن يأخذ في الكفارة، فإن الكفارة لا تجزيه بعد الطلاق، وإنما اختلف إذا كان قد أخذ في الكفارة قبل الطلاق. وقد مضى تحصيل القول في ذلك في أوّل رسم من سماع أشهب، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرجل يوصي بأن يُشترى أبوه أو أخوه فيعتق عنه. فأبوا أن يبيعوه إلا بأكثر من ثمنه بأضعاف والثلث كثير، أو قال: إن عليّ رقبة في ظهار، فاشتروه وأعتقوه عني، أو أوصى أن عليه عتق رقبة ولم يسم من يُشترى له، وكان أبوه عبداً، فرأى الخليفة أن يشتريه فيعتقه، ماذا ترى فيه إن لم يبيعوه إلا بأكثر من ثمنه بأضعاف، وأبى ذلك الورثة؟ قال ابن القاسم: إن أوصى أن يشترى له زيد في ثمنه قدر الثلث، ولم يزد أكثر، وإن قال: عليّ رقبة، فاشتروها عني، ولم يُشـتر له، لم يجز للخليفة أن يشتري أحداً ممن يعتق عليه، وإن قال: عليّ رقبة في ظهار، فاشتروا والدي فأعتقوه عني أنفذ ما قال، لأنها وصية، ولو شاء لم يوص بشيء، فإنما يُحمل محمل الوصية.

قال محمد بن رشد: هذا كله صحيح، على ما في المدونة، في الذي يوصي أن يشتري عبد فلان، فيعتق، فأبى سيده أن يبيعه إنه يزاد فيه مثل ثلث ثمنه، ولا فرق في هذا بين أن يوصي أن يشترى ابن فلان فيعتق، أو يشترى أبوه فيعتق عنه في ظهار عليه، وإنما يفترق الثلاث مسائل إذا أبى سيده أن يبيعه بزيادة ثلث ثمنه، فأما الذي أوصى أن يشترى فيُعتق، فقيل يُسْتأنى بثمنه السنة ونحوها، فإن أبى السيد من بيعه رجع ميراثاً، وقيل إنه لا

يرجع ميراثاً إلا بعد أن يوئس من العبد بموت أو عتق، والقولان في **المدونة**. وقيل إنه إذا أمن منه جعل في عبد غيره، ولا يرجع ميراثاً. وهو قول ابن كنانة في **المدنية** وأما الذي أوصى أن يشترى أبوه فإن الثمن يرجع ميراثاً بعد اليأس منه بموت أو عتق، وأما الذي أوصى أن يشترى أبوه فيعتق عنه في ظهار عليه، فإن الثمن لا يرجع ميراثاً، ويجعل في عبد يعتق عنه في ظهاره بعد اليأس منه بموت أو عتق، بمنزلة الذي يوصي أن يشترى عبد فلان فيعتق عنه في ظهاره والله الموفق للصواب بمنه.

ومن كتاب لم يدرك من صلاة الإمام

وسئل عن الرجل يحلف على شيء فيقول امرأتي عليّ كظهر أمي إن فعلت كذا وكذا فيريد أن يقدم الكفارة قبل الحنث، قال: ولا تجزيه وعليه كفّارة أخرى بعد الحنث، وإنما هو بمنزلة رجل حلف بالطلاق على شيء ألا يفعله، فقدم الطلاق على الحنث، ثم حنث أن تطليقة أخرى تلزمه.

قلت: فأي الأيمان تجزي فيها الكفّارة قبل الحنث، قال: اليمين بالله، وأما المشي والطلاق والظهار إذا حلف به فلا يجزيه إلا بعد أن يحنث.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الذي يحلف بالظهار على شيء ألا يفعله، لا يجوز له أن يقدم الكفارة قبل الحنث، كما لا يجوز للذي يحلف بالطلاق على شيء أن يقدم الطلاق قبل الحنث صحيح كما قال، وهو في الظهار أوضح وأبين لأن الطلاق يجب بالحنث على من حلف به، فحنث، والكفّارة لا تجب بالحنث على من حلف بالظهار فحنث حتّى يطأ، إلا أنه بالحنث يلزمه الظهار، ولا يكون له أن يطأ حتّى يكفر، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتماسَّا﴾[٧] ولو حلف بالظهار على شيء أن يفعله ولم يضرب

(٧) المجادلة: ٣

لذلك أجلاً لجاز له أن يقدم الكفارة، ويبر بذلك، لأنه على حنث، كما يجوز له أن يقدم الطلاق إذا حلف بالطلاق أن يفعل فعلاً ولم يضرب له أجلاً، ويبر بذلك في يمينه، لأنه على حنث حتّى يفعل، على ما في النذور من **المدونة**. وقال في كتاب **محمد بن المواز**: من حلف بالطلاق أن يقتل فلاناً ولم يضرب أجلاً، لم يبر بالطلاق، فإن مات فلان قبل أن يقتله وقع عليه الطلاق، ولم يجتزىء بالطلقة التي أوقع، لأن موت فلان كان قضاء الأجل. وقوله: إن الأيمان التي تجزي فيها الكفّارة قبل الحنث اليمين بالله صحيح. على المشهور في المذهب والأصل في جواز ذلك قول النبي عليه السلام: «**مَنْ حَلَفَ عَلَى شيءٍ فَرَأى غَيْرَهَا خَيْراً مِنْها فَلْيُكَفِّر عَنْ يَمِينِه وَلْيفْعَل الَّذي هُوَ خَيْرٌ، أو لِيَفْعَلِ الَّذي هُوَ خَيْرٌ وَلْيُكَفِّر عَنْ يَمِينه**»[٨] لأن الحديث محمول عندهم على التخيير من النبي ﷺ بين الوجهين، لا على أنه شك من المحدث، وسواء كان في اليمين على بر أو على حنث، وروى أبو زيد عن ابن الماجشون أن الكفارة في اليمين بالله لا تجزي إلا بعد الحنث، فإن حلف ليفعلن فعلاً فلا يتبين حنثُه إلا بالموت، ولا تجزيه الكفارة إن كفر في حياته، فساوا أيضاً بين أن يكون يمينه على حنث أو على بر في أن الكفارة لا تصح إلا بعد الحنث، والقياس أن يفرق بين الوجهين، فتجزيه الكفارة قبل الحنث فيما كان فيه على حنث، ولا تجزيه فيما كان فيه على بر إلا بعد الحنث، وفي قوله في آخر المسألة: إن المشي والطلاق والظهار إذا حلف به فلا تجزيه إلا بعد أن يحلف. كذا وقع، والصواب بعد أن يحنث، نظراً لقوله في جميع ذلك: فلا تجزيه إلا بعد أن يحنث. والصواب في ذلك أن المشي والطلاق لا يجب عليه إلا بعد أن يحنث، وأن الكفارة في الظهار لا تجزيه إلا بعد أن يحنث لأنه لا تجب عليه بالحنث، وإنما تجب عليه بالوطء. وقد وقع في آخر الظهار من المدونة عن مالك فيمن لا يعتق رقبة بغير

(٨) ورد هذا الحديث في الموطأ عن أبي هريرة هكذا: [مَن حَلَفَ بِيَمينٍ فَرَءا غَيرَها خيراً منها] الخ. وأخرجه البخاري عن عبد الرحمان بن سَمُرة في الأيمان والنذور، والأحكام، والكفارات كما أخرجه مسلم والترمذي في الأيمان وأبو داوود في الخراج. وأحمد في مسنده، والحاكم في مستدركه.

عينها، فأعتق رقبة قبل أن يحنث، أن ذلك يجزيه ويسقط عنه الإيلاء، وبعد الحنث أحسن، وهو بعيد. والصواب أن ذلك لا يجزيه إلا بعد الحنث، بخلاف اليمين بالله. وابن الماجشون يرى الكفارة في اليمين بالله لا تجزيه إلا بعد الحنث. وقد تقدم ذلك.

ومن كتاب النسمة

قال ابن القاسم: من قال لامرأته: أنت أمي، يريد بذلك الطلاق، فهو طلاق، وإن قال لها ذلك وهو لا يريد الطلاق، فهو ظهار، قال: ومن قال لها ذلك وهو لا يريد الطلاق ولا الظهار فهو ظهار.

قال محمد بن رشد: قد مضى تحصيل قول ابن القاسم وغيره في هذه المسألة في رسم سنّ من سماعه، فلا معنى لإعادته وبالله التوفيق. لا رب سواه.

ومن كتاب القطعان

قال ابن القاسم: فيمن قال لامرأته: أنت عليّ كظهر أمي إن وطئتك، فوطئها مرّة ثم ماتت، أو طلقها البتة، فليس عليه كفارة، وإن قال: أنت عليّ كظهر أمي إن وطئتك، فوطئها مرة، ثمّ وطئها ثانية قبل أن يكفر فإن الكفارة عليه واجبة.

قال محمد بن رشد: هذا على القول بأن من حلف بطلاق امرأته ثلاثاً إن وطئها أنه ليس بمولي فلا يُضرب له أجل المولي إن رفعته امرأته إلى السلطان، ولا يطلق عليه، لأنه لا يحنث إلا بالوطء، فله أن يطأ الوطأة التي يحنث بها، وهذا أحد قوليه في المدونة وله فيها قول آخر، إن رفعته إلى الإمام عجل عليه الطلاق، ولم يضرب له أجل الإيلاء لا يمكن من الوطء، إذ يحنث بأول الملاقاة، فيكون باقي وطئه في امرأة قد بانت منه بطلاق

الثلاث، فيلزم على قياس هذا القول، أن لا يجوز لمن قال لامرأته أنت عليّ كظهر أمي إن وطئتك أن يطأها حتّى يكفّر كفّارة الظهار، لأنه يحنث بأول الملاقاة، ويجب عليه الظهار، فيكون باقي وطئه في امرأة قد ظاهر منها قبل الكفارة، وذلك ما لا يجوز، لقوله عزّ وجلّ: ﴿مِنْ قَبْلِ أَنْ يَتماسَّا﴾ وقد قيل في مسألة الحالف بالطلاق ثلاثاً لا يطأ قولان آخران سوى هذا من القولين وليس هذا موضع ذكرهما وبالله التوفيق لا شريك له.

ومن كتاب أوّله باع شاة

وسألته عن العبد يعتق سيده نصفه في ظهاره، ثمّ يعتق بعد ذلك النصف الآخر في ذلك الظهار، قال: يجزيه إن شاء الله.

قلت: فإن لم يعتق حتّى رفع إلى السلطان، أترى على السلطان أن يأمر بعتقه في ظهاره؟ قال: يجبره، فإن أعتقه أجزاه، وإلا أعتقه عليه السلطان.

قال محمد بن رشد: قوله: وإلا أعتقه عليه السلطان، يريد ولا يجزيه إذا أعتقه عليه، لكنه مكره على ذلك، والمكره لا نية له. فلا يجزيه، إذ لا تجزيه الكفارة إلا بنية. وكذلك قال في المدونة في الذي أعتق نصيبه من عبد وهو موسر، فقوم عليه نصيب شريكه أنه لا يجزيه، وابن الماجشون يقول إنه إذا أعتق نصف عبده عن ظهار، ثمّ أعتق بعد ذلك النصف الآخر أو أعتق شقصاً له في عبد عن ظهاره وهو موسر، ثمّ اشترى نصيب صاحبه فأعتقه، إنه لا يجزيه، لأنه لمّا أعتق نصف عبده فقد لزمه عتق باقيه، ولما أعتق نصيبه من عبد وهو موسر، لزمه أن يقوم عليه نصيب شريكه، فلا يجزيه أن يعتق في ظهاره ما قد وجب عليه تقويمه أو عتقه، ومن الناس من يتأول ما في المدونة لابن القاسم على مذهب ابن الماجشون، لقوله: والظهار لا يكون فيه تبعيض العتق، وليس ذلك بصحيح، لأن الذي يدل عليه قوله إن التبعيض عنده إنما هو أن يعتق نصيب شريكه في موضع لا يلزمه أن يقوم عليه فيه، وإنما يصح أن يتأول على مذهب ابن الماجشون، قول سحنون والله أعلم.

ومن كتاب أوّله سلف ديناراً في ثوب

وسئل عن الذي يوصي بعتق عبد له بعينه في تطوع، ويوصي بأن تشترى رقبة فتعتق عنه في الظهار، فأيهما يبدأ؟ قال: بالظهار هو أولى.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، إن الواجب وإن كان غير معين فهو يبدّى على التطوع وإن كان معيناً وبالله التوفيق ولا حول ولا قوة إلا بالله.

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم

من كتاب أوّله أوّل عبد أبتاعه فهو حرّ

قال يحيى: وسألته عن الرجل يقول لجاريته لا أعودُ لمسيسك حتّى أمس أمي، أيكون بهذا القول مظاهراً؟ قال: ليس عليه في هذا ظهار فليمس أمته متى شاء، ولا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: وهذا بين على ما قال، لأنه إنما هو بمنزلة من قال لا أمسّ أمتي أبداً فلا شيء عليه وبالله التوفيق.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم وأشهب

قال سحنون: وسألت أشهب، عن الذي يقول لامرأته إن لم أطلقك فأنت عليّ كظهر أمي، وغلامي حر، أو علي المشي إلى بيت الله الحرام، قال: أما في الظهار فيحال بينه وبين وطئها، فإن رفعته ضرب له أجل الإيلاء، فإن طلق، وإلا طلقت عليه بالإيلاء، وأمّا في العتق والمشي فإنه لا يحال بينه وبين الوطء وهي امرأته، وإنما يحنثه في عتق أو مشي بعد الموت، وليس في هذا إيلاء.

قال محمد بن رشد: قوله: إنه يحال بينه وبينها في الظهار، ويضرب

له أجل الإيلاء إن رفعته صحيح، إذ لا يجوز لـه الـوطء، كمن حلف بالطلاق ليفعلن فعلاً، فإن أبا أن يطلق لما وقف، وقال أنا التزم الظهار، ولا تطلقوا عليّ بالإيلاء، كان ذلك له، وقيل له كفّر، وابق مع امرأتك، فإن لم يكفر وسأل أن يضرب له أربعة أشهر أخرى للإيلاء، كمن ظاهر ولم يكفر، فقيل ذلك له كمبتدىء الظهار من يوم التزم الظهار، وقيل ليس ذلك له، لأنه يتهم على أنه لم يلتزم الظهار، وإنما أراد التطويل والزيادة في الإيلاء الذي قد مضى أجلُه، وهو أشبه والله أعلم. والذي يرفع عنه التهمة أن يفصح بالتزامه ليقول أنا ألتزمه، هي عليّ كظهر أمي وقد مضى في رسم لم يدرك ما بين هذا المعنى. وأما العتق والمشي فكما قال فيهما، لا كلام في ذلك ولا إشكال، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن رجل أعتق رقبة في ظهار عليه اشتراها، فأتى رجل فاستحق الرقبة، فرجع المعتق على بائعه بالثمن، وهو ثمن واسع، أترى أن يشتري ببعضه رقبة ويرد ما بقي؟ قال: يشتري به كله، وإنما رأيت أن يشتري به كله، لأن مالكاً سئل عن الرجل يعتق رقبة عن ظهار عليه ثمّ يطلع على عيب، قال: يرجع به على بائعه، ويجعله في رقبة، فإن لم يجد به رقبة، أعان به في رقبة يتمّ له عتقها، فمن هنالك رأيت ما قلت لك، والعيب الـذي أصيب بالعبد، ليس هو مما إذا كان في العبد لم يجز في الرقاب، ولكنه إذا كان في العبد جاز العبد به.

قلت له: فلو كان تطوع، قال: يرجع بالعيب، ويصنع به ما شاء، وكذلك لو كان هَدْي تطوع أهداه، ثمّ أصاب به عيباً، رجع على بائعه بقيمة العيب، وصنع به ما شاء، وهو مثل لعتق التطوع، إلا أنه لو كان هدياً واجباً فأصاب به عيباً رجع على بائعه بقيمة

العيب، فاشترى به هدياً، فإن لم يجد به هدياً شاة ولا غيره مما يكون هدياً تصدق به ولا يشرك به في هدي.

قال محمد بن رشد: مساواة ابن القاسم هنا بين العيب يوجد في العتق التطوع والهدي التطوع، إنه لا شيء على المبتاع في قيمة العيب الذي يرجع به على البائع، خلاف قوله في **المدونة** في تفرقته بين الهدي التطوع، والعتق التطوع. ولابن نافع في **المدونة** انه لا يصح له تملك ما يرجع به العيب في العتق التطوع، فاحرا أن لا يصح له ذلك على مذهبه في الهدي التطوع، وأما الهدي الواجب، والرقبة الواجبة، والضحية، فلا اختلاف في أنه لا يصح له تملك لما يرجع به للعيب في شيء من ذلك كله إن كان العيب يسيراً يجوز به العبيد في الرقاب والشاة في الهدي والضحية، وإن كان كثيراً لا يجوز به العبد في الرقاب ولا الشاة في الضحية والهدي، وجب عليه البدل في الرقبة، والهدي في الضحية إن كانت لم تفت أيام الذبح، وإن كانت قد فاتت تصدق بذلك. وقد مضت هذه المسألة مستوفاة في أوّل سماع أصبغ من كتاب الضحايا، فمن أحبّ الوقوف عليها تأملها هنالك وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل يقول لامرأته أنت عليّ كظهر فلانة لجارة له إن دخلت هذه الدّار، فيتزوج جارته التي حلف لامرأته بظهارها، ثمّ دخل الدّار قال سحنون: لا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: وجه قول سحنون إنه حمل يمينه على أنه أراد أنت عليّ كظهر فلانة مني يوم أدخل الدّار إن دخلها، ويلزم على قياس هذا لو قال لامرأته أنت عليّ كظهر فلانة، لامرأة له أخرى إن دخلت هذه الدّار، فطلق فلانة طلاقاً بائناً، ثمّ دخل الدار، أن يلزمه الظهار، لأنه على بر، فكأنه ظاهر يوم دخل الدار؛ بظهر أجنبية، وإن قلنا في هذه إن اليمين بالظهار لغوٌ لما وقعت بظهر من تحل لـه يوم اليمين، وجب أن يقول في مسألة الكتاب

إن الظهار له لازم لما كانت يمينه بظهر أجنبية يوم اليمين، والأظهر أن يحمل يمينه على أنه إنما أراد أنت علي كظهر فلانة اليوم، إن دخلت الدار، متى ما دخلتها وهو الذي يأتي على مذهب ابن القاسم في المدونة في الذي يقول: إن كلمت فلاناً فكل عبد أملكه فهو حرّ، إن اليمين إنما تلزمه في كل عبد كان عنده يوم حلف، لا في كل عبد كان عنده يوم حنث، وكذلك إذا قال كل عبد أملكه من الصقالبة فهو حرّ، فاشترى بعد يمينه، وقبل أن يكلمه صقالبة أنهم أحرار. وقول سحنون في هذه المسألة يأتي على ما في سماع زونان في الذي يقول إن كلمت فلاناً فكل امرأة أتزوجها بمصر طالق، إن الحنث إنما يلزمه فيمن تزوج بعد كلامه، لا فيما تزوج بعد يمينه وقبل كلامه. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل صام عن ظهارين كانا عليه أربعة أشهر، فلما كان قبل فراغه ذكر أنه ناس ليومين، لا يدري أهي من الكفارة التي هو فيها أو من الأولى؟ فزعموا أنه يصوم يومين ويأتي بشهرين.

قال محمد بن رشد: التتابع في كفارة القتل والظهار فرض التنزيل، فلا يعذر أحد في تفريقهما بالنسيان على المشهور في المذهب، وإنما يعذر في ذلك بالمرض أو بالحيض إن كانت امرأة، فإن مرض الرجل فأفطر في شهري صيامه أو أكل فيهما ناسياً، قضى ذلك ووصله بصيامه، فإن ترك أن يصله بصيامه ناسياً أو جاهلاً متعمداً، استأنف صيامه، فإذا صام الرجل عن ظهارين كانا عليه أربعة أشهر، ثمّ ذكر قبل فراغه أنه ناس ليومين، لا يدري من أي الكفّارتين، فقال ابن القاسم: إنه يصوم يومين، ويأتي بشهرين، ووجه قوله: إن هذه الكفارة التي هو فيها لمّا كان يقدر على إصلاحها بإتيان ما شك فيه منها، أمر ألا يتركها حتّى يصلحها على ما يومن بيومين يصلها بها، ثمّ يعيد بعد ذلك الكفارة الأولى، لاحتمال أن تكون اليومان منها، وقد ترك أن

يصلهما بها على أصله فيمن ذكرسجدة من آخر صلاته، لا يدري من أي ركعة، إنه يسجد سجدة يصلح بها هذه الركعة التي لم يفته إصلاحها، ثمّ يـأتي بركعة، لاحتمال أن تكون السجدة من غيرها من الركعات، ويأتي في هذه المسألة على مذهب من يرى أنه يأتي بركعة، إذ لا بُدَّ من الإتيان بها ولا يخرّ إلى سجدة، إذ ليس على يقين أنها من هذه الركعة، إنه يصوم شهرين، ولا يأتي بيومين، إلا أن يكون أيضاً لا يدري لعل أحد اليومين من الكفـارة الأولى، والثاني من الثانية، فإنه يصوم يوماً واحداً يصله بصيامه، ثمّ يأتي بشهرين، وهو قول ابن الماجشون، وروى ذلك ابن سحنون عن أبيه، ويأتي في هذه المسألة على قياس قول من يقول في من ظنّ أنه قد أكمل صلاته أربع ركعات، فقام بإثر سلامه، وصلى ركعتين نافلة، ثمّ ذكر أنه لم يصلّ من الفريضة إلا ركعتين، إنه يعتد بهذين الركعتين النافلة، وتجزئه من فريضته أن يعتد أيضاً بيومين من أوّل الكفّارة الثانية، على اليومين اللذين نسيهما أو شكّ فيهما من الكفارة الأولى، فيكون عليه أن يأتي بعد تمام الأربعة أشهر بيومين، لا أكثر، يصلهما بصيامه، فإن ترك أن يصلهما سهواً أو عمداً، استأنف صيام شهرين. ومحمد بن عبد الحكم يرى أنه يعذر في تفرقة الصوم بالنسيان، لأنه أمر غالب كالمرض، فعلى قوله: إن ذكر اليومين بعد تمام الأربعة أشهر متى ما ذكر، فليس عليه إلا صيام يومين ساعة يذكرهما. واختلف على قوله: إنْ ذكر يومين من الكفّارة الأولى قبل أن يتم الكفارة الثانية، فقيل إنه يتم الكفارة التي هو فيها ثمّ يقضي يومين، لأنه معذور لما تشبث به من صيام الكفارة التّي هو فيها، وقيل إنه لا عذر له في ذلك، فيصوم اليومين اللذين ذكرهما من الكفارة الأولى، ويستأنف الثانية، وإن شاء تمادى على صيام الكفارة التي هو فيها، وقضى الكفارة الأولى، على الاختلاف فيمن ذكر صلاة في صلاة، هل تفسد الصلاة عليه أم لا تفسد. وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنه يجوز له أن يقضي اليومين في أثناء الكفارة، ويبني على صيامه، ولا يعدُّ بذلك مفرقاً لصيامه، إذ لم يتخلله فطر على ما قال ابن حبيب فيمن صام لظهاره شعبان وشوال، إنه يجزيه ولا يضره ما يخلل صيامه من صيام رمضان وبالله التوفيق.

من سماع محمد بن خالد من داوود بن سعيد

قال محمد بن خالد: سألت داود بن سعيد بن أبي دينار، عن رجل وجبت عليه رقبة فابتاع من رجل عبداً على أن يعتقه في الرقبة التي وجبت عليه، فأعتقه ثمّ علم بعد عتقه إياه أن نصفه حرّ، ونصفه رقيق، قد دلس له بذلك البائع، قال: يرده إلى البائع، ويأخذ الثمن منه ويعاقب بفعله، لأن نصفه لا يجزي عنه في رقبة، فلذلك يجب له رده. قال: قلت له: ولا يُعتق على البائع بما رضي من بيعه على العتق، قال: لا يعتق عليه، لأنه إنما كان رضي أن يمضي عتقه بما كان أخذ من ثمنه، فإذا أخذ ذلك منه فليس براض.

قال محمد بن رشد: قول داوود هذا إنه يرده إلى البائع، ويأخذ منه الثمن. من أجل أنه لا يُجزىء عنه في رقبة، خلاف المشهور في المذهب، المعلوم من قول مالك في الحج الثاني من **المدونة** وغيره، فيمن اشترى عبداً فأعتقه في ظهاره، أو بعيراً فقلده وأشعره، ثمّ أصاب به عيباً لا يجوز به العبد في الرّقاب، ولا البعير في الهدايا، إنه يرجع بقيمة العيب، ولا يرده لفواته بالعتق أو بالفدى، ويجعل ما يأخذ في قيمته العيب فيما وجب عليه من بدَله.

من سماع عبد الملك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد الملك بن الحسن: سألت عبدالله بن وهب عن المولى عليه، يظاهر من امرأته أيعتق بغير إذن وليه؟ قال: نعم استحب ذلك له إذا كان موسراً وإن لم يكن له إلا رأس واحد، أحب له أن يعتق وعليه الصيام.

قال محمد بن رشد: قوله في السؤال: أيعتق بغير إذن وليه؟ معناه أيكون له أن يعتق بغير إذن وليه، فلا يكون لوليه أن يرد ذلك؟ وقوله في الجواب نعم، أستحب ذلك له، معناه أستحب أن يكون الحكم فيه ذلك إذا

كان موسراً، وقوله: وإن لم يكن له إلا رأس واحد، فلا أحب له أن يعتق، معناه فلا أحب أن يكون الحكم في ذلك جواز العتق له، وهو نحو مذهب ابن القاسم، لأنه يجوز له العتق إن أعتق بغير إذن وليه في الموضع الذي يلزم وليه أن يعتق عنه بإذنه، ولأن من قول ابن القاسم إن وليه ينظر له في حبس امرأته أو إنماء ماله، وقال: وليس كلهم سواء، منهم من يقل ماله ومنهم من يكثُر ماله، وليس كل النساء سواء، منهن من يكثر مالها ومنهن من لا يكون لها ذلك المال في النساء، ولا الحال فلينظر له وليه على ما يرى من ذلك خيراً له وأصلح، فإن رأى أن يكفر عنه كفر، وليس في ذلك حرج مرة ولا مرتين، وإنما هو على الاجتهاد منه، وليس له إلى الصيام ولا إلى الإطعام سبيل، لأنه ممن يجد رقبة. وأما قول ابن وهب وعليه الصيام، فهو خلاف قول ابن القاسم: وليس له إلى الصيام ولا إلى الإطعام سبيل، فعلى قول ابن وهب وهو اختيار ابن المواز، إذا لم يأذن له وليه في العتق، صار من أهل الصيام، فإن لم يكفر به وطلبته امرأته بالوطء، ضرب له أجل الإيلاء، فإن لم يكفر بالصيام، طلق عليه بالإيلاء. وعلى مذهب ابن القاسم، إن أبا وليُّه أن يعتق عنه وطلبته امرأته بالوطء، طلق عليه، ولم يضرب له أجل الإيلاء، إذ لا سبيل له إلى الوطء إلا بالكفارة، ولا سبيل له إلى الكفارة. وقد قيل يضرب له أجل الإيلاء وإن كان ممن لا يقدر على الوطء ولا على الكفارة، لعلها سترضى بالإقامة معه على غير وطء، فلا تطلق عليه حتّى ينقضي أجل الإيلاء على ما قيل في الذي يحلف بطلاق البتة ألا يطأ امرأته. وابن كنانة يقول: إنما ينظر له وليه في أول مرة، لأن المرة الواحدة تأتي على الحليم والسّفيه، فإن عاد إلى الظهار مرة ثانية لم يكفر عنه، وإن آل ذلك إلى الفراق. وبالله التوفيق.

من سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم

من كتاب الوصايا

قال أصبغ: قال لي ابن القاسم في رجل أوصى فقال: أعتقوا

عني عبداً في ظهار، أو عبداً في قتل نفس، فلم يكن في الثلث إلا ثمن عبد واحد، وفضلة يسيرة لا تبلغ ثمن عبد آخر، قال: أرى أن يُعتق ذلك العبد في قتل النفس، ويطعم عنه بالفضلة عن الظهار. وقال أصبغ: وذلك صواب، لأن الظهار يجوز فيه الإطعام لمن لم يجد، وهذا غير واجد، كما لو كان حيّاً، فوجبتا عليه جميعاً، ولا يجد إلا هكذا، بُدىء بكفارة القتل لأنه لا إطعام فيه، ثمّ صار بعد بمنزلة مظاهر لا يجد رقبة، فإنه يصوم، فالميت مثله، غير أن الميت لا صيام له، ولا فيه ولا عنه. فالإطعام عنه بمنزلة الصيام كالذي لا يطيق الصوم فيطعم. قال أصبغ: وهذا عندي في قتل الخطأ، فأما قتل العمد إن أوصى بالكفارة فيه، فإني أرى أن يبدأ بالظهار، لأن الكفارة عنه ليست بمفروضة ولا واجبة تفرض، فهي بمنزلة التطوع، فسألت ابن القاسم إذا لم يكن في الثلث في هذه المسألة إلا ثمن عبد واحد، أو كفارة واحدة، لا فضل فيها، قال أرى ذلك إليهم يعتقون عن أي الكفارتين شاؤوا ورأوا. قال أصبغ: وذلك رأيي، وما فعل من ذلك أجزأ. وأحب إلي أن يعتقوه عن القتل، لعله ينوب له مال، يوجد في قدره كفارة الظهار، فإن كان ممن يويس له، فليس في هذا استحباب يجعلونه على أي ذلك جعلوه. قال أصبغ: وإن كان في الثلث ثمّ عبد وفضلة قليلة لا تبلغ كفارة الظهار بالطعام، فإني أرى أن يبدأوا بالظهار، لأنه ممّا لا يجوز أن يشارك فيه في رقبة، لأن له مسلكاً غير العتق إذا لم يخلص العتق موفراً لا يشرك فيه بالإطعام، وشورك بالباقي في رقبة، لأن قتل النفس لا إطعام فيه ولا مسلك له إلا العتق، أو صيام، ولا صيام في الميت ولا عنه وإنما هو العتق، فإن لم يتم شورك به في عتق كمحمل الوصايا وغيرها من التشريك، قال أصبغ: قلت لابن القاسم فإن لم يكن أوصى إلا بقتل نفس واحدة، فلم يكن في الثلث ثمن رقبة وليس يكون في

قتل النفس إطعام، أترى أن يرد ذلك إلى الورثة؟ قال لا.

قلت: أفيعان به في عتق رقبة؟ قال عسى؛ قال أصبغ: وهو رأيي أن يُعَانَ به، وهو مما يبين ما فسرت في الظهار والنفس إذا وجد في الثلث ثمن عبد وفضلة لا تبلغ الإطعام في الظهار، ويقوى ذلك والله أعلم وهو مذهب أهل العلم.

قال محمد بن رشد: قد مضى القول في هذه المسألة وتحصيلها في أوّل سماع عيسى، فلا معنى لإعادته هنا وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في الذي يقول لامرأته أنت عليّ كظهر أبي أو غلامي إنه ظهار.

قال محمد بن رشد: ولو قال كأبي أو غلامي ولم يسم الظهر لم يكن ظهاراً عنده، حكى ذلك ابن حبيب من رواية أصبغ، واختاره وقال مطرف: لا يكون ظهاراً ولا طلاقاً، وإنه لمنكر من القول، والصواب إذا لم يكن ظهاراً أن يكون طلاقاً، وهو ظاهر قول ابن وهب، لأنه قال في ذلك إنه لا ظهار عليه، فكأنه رأى عليه الطلاق الظهار في ذلك يترجح على القول بإباحة وطء أدبار الزوجات لأنه كأنه أشبه ما يباح له من ذلك في زوجته بما يحرم عليه منه في أبيه أو في غلامه تحريماً مؤبداً، كما شبه الظهار بذوات المحارم ما يباح له من وطء زوجته، بما يحرم عليه وطؤه من ذوات محارمه تحريماً مؤبداً، وقد روي عن ابن القاسم إباحة ذلك. ومذهب ابن وهب تحريمه والتغليظ فيه، فكأن كل واحد منهما جرا على أصله وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها أَصبغ بن الفرج

قيل لأصبغ أَرأيت رجل قال: امرأتي عليَّ كظهر أُمي، فبدأ بالكفارة فصام أياماً ثمّ قال لها أيضاً: أنت عليَّ كظهر أُمي. أَترى

أن يمضي على كفارته للظهار الأوّل ثمّ يبتدي صياماً آخر للظهار الثاني؟ قال: بل أرى أن يسقط ما مضى من صيامه، ثمّ يبتدىء من يوم ظاهر الظهار الثاني شهرين مستقلين، ولا أرى عليه استتمام الكفارة الأولى، وكذلك لو ظاهر مراراً في مجلس واحد أو مجالس مختلفة، قبل أن يكفّر عن ظهاره الأوّل، لم يكن عليه إلا كفّارة واحدة لجميع ظهاره، وذلك إذا كان ظهاره الأول لم يكن عليه إلا كفّارة واحدة لجميع ظهاره وذلك إذا كان ظهاره كله ظهاراً بفعل واحد، مثل أن يقول: أنت عليَّ كظهر أُمي، ثمّ يقول في مجلس آخر: أنت عليَّ كظهر أُمي ففعل ذلك في مجالس شتًّا فكفّارة واحدة مجزئةٌ عن ذلك، وليس دخوله في الكفارة بالذي يوجب عليه إتمامها وابتداء آخر للظهار الآخر.

قلت: فلو ظاهر منها بفعل قال لها أَنت عليَّ كظهر أُمي إن فعلت كذا وكذا فحنث، فوجب عليه الظهار، فابْتدأَ الصِيام لكفارته، ثمّ صام أياماً، فقال لها: أنت عليَّ كظهر أُمي ظهاراً بغير فعل، حلف عليه، هل له أيضاً أن يبتدىء الصيام للظهارين من يوم ظاهر الثانية، ويسقط عنه ما مضى من صومه؟ قال: نعم ذلك له مثل الأولى.

قلت: وهذان ظهاران مختلفان، ليسا من نوع واحد، ظهار الفعل، وظهار بغير فعل، كيف لا يكون عليه كفارتان، يمضي في الأولى للظهار الأوّل، ويتبدىء للظهار الآخر كفارة أُخرى؟، قال: لا ليس ذلك عليه، لأن قوله الثاني: أنت عليَّ كظهر أُمي فقد كان مظاهراً منها بفعل أو بغير فعل، فكأنه توكيد للظهار الأول.

قلت: فلو ظاهر منها ظهاراً مجرداً بغير فعل حلف عليه، فوجب عليه الظهار، فابتدأ الكفارة ثمّ قال: أنت عليَّ كظهر أُمي إن

فعلت كذا وكذا فحنث به أيبتدىء صياماً مستقبلاً للظهارين جميعاً ويسقط ما مضى من صيامه؟ قال: هذا خلاف الذي ابتدأ الظهار بالفعل، ثمّ ظاهر ظهاراً مجرداً بعد ذلك، هذا الذي ظاهر بغير فعل، ثمّ ظاهر بفعل، فقد وجب عليه الظهار الأول، ووجبت عليه الكفارة، فلما حلف بظهارها ألا يفعل شيئاً فحنث، صار ظهاراً آخر مبتدأ، أدخله عليه الحنث، لم يكن هو أدخله على نفسه ابتدأ بغير حلف، فيكون توكيداً للظهار الأول، فتجزيه كفارة واحدة، فعلى هذا كفارتان، يمضي في كفارته التي ابتدأ ويستقبل كفارة أخرى للظهار الآخر.

قال محمد بن رشد: مذهب ابن القاسم أن الرجل إذا ظاهر من امرأته ظهاراً بعد ظهار، أنهما إن كانا جميعاً بغير فعل، أو جميعاً بفعل في شيء واحد، والأول بفعل، والثاني بغير فعل، فليس عليه فيهما جميعاً إلا كفارة واحدة، إلا أن يريد أن عليه في كل ظهار كفارة، فيلزمه ذلك، قاله في كتاب ابن المواز. قال أبو إسحاق: ويجوز له أن يطأ بعد الكفارة الأولى وقبل الثانية. قال محمد بن رشد: بل هو الواجب، لأنه لو كفّر قبل أن يطأ لم تجزه الكفارة، إذ ليس بمظاهر، وإنما هو حالف، كرجل قال إن وطئت امرأتي فعليّ كفارة الظهار، فلا تلزمه الكفارة حتّى يطأ، بل لا تجزيه حتّى يطأ، وقد مضى بيان هذا في رسم لم يدرك من سماع عيسى وأنهما إن كانا جميعاً بفعلين مختلفين أو الأول منهما بغير فعل، والثاني بفعل، فعليه في كل واحد منهما كفارة، بحيث لم يجب عليه من ذلك إلا كفارة واحدة، إذا وقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهار الأول لم يجب عليه إتمامها واستأنف كفارة الظهار من يوم أوقع الظهار الثاني، وحيثما وجب عليه في كل واحدة منهما كفارة كفارة، إذا وقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهار الأول، يجب عليه إتمامها وابتدا كفارة أخرى للظهار الثاني، فهذا تحصيل قول ابن القاسم في هذه المسألة، وحكى ابن حبيب عن أَصبغ أَنه إذا كان الظهار الأوّل بفعل، والثاني

بفعل فعليه لكل واحد منهما كفارة، وإن كان الفعل واحداً وهو بعيد. **ولابن الماجشون في ديوانه**: إن كفارة واحدة تجزيه في كل ذلك كيف ما كان، فعلى مذهبه إذا أوقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهار الأول، يبتدىء الكفارة من يوم أوقع الظهار الثاني، وإن كانا جميعاً بفعلين، في شيئين مختلفين. وقد قيل: إنه إذا أوقع الظهار الثاني بعد أن شرع في الكفارة للظهار الأول، يتمّ الأوّل ثمّ يستأنف الثانية، وإن كانا جميعاً بغير فعل، قال ابن المواز: وهو أحب إليَّ إن لم يبق من الأولى إلا يسير، وإن لم يكن مضى من الأولى إلا يسير، نحو اليومين والثلاثة، فإنه يتمها وتجزيه لهما. وقول ابن القاسم في هذه المسألة كلها أظهر الأقوال وأولاها بالصواب. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المظاهر يقبل امرأته في شهري صيامه، قال: لا شيء عليه ويستغفر الله.

قال محمد بن رشد: لمطرف في سماع أبي زيد من كتاب الصِيام خلاف هذا إنه يستأنف. وقد مضى القول في هذه المسألة وتحصيلها في آخر سماع أشهب، فلا وجه لإعادته.

مسألة

قيل لأصبغ: أرأيت من أعتق في رقبة واجبة منفوساً فكبر الصبي أخرساً(٩) أو أصماً أو مقعداً أو مطبقاً جنوناً أعليه بدلها؟ قال أصبغ: ليس ذلك عليه وقد أجزته. وهذا شيء يحدث، وكذلك لو ابتاعه فكبر على مثل هذا، لم يلحق البائع شيئاً من ذلك.

قال محمد بن رشد: تعليله لإجزاء ذلك عنه في الكفارة، وأنه لا رجوع

(٩) كذا.

له في ذلك على البائع بشيء، بأن هذا شيء يحدث، ليست بعلّة صحيحة، لأن ما يحدث ويقدم من العيوب، إذا أمكن أن يعلم يلحق البائع فيه اليمين، ولا يجزىء عن المكفر في الكفارة إذا كان العيب ممّا لا يجوز في الرقاب، فالعلّة في ذلك إنما هي أن هذا ممّا يستوي البائع والمبتاع في الجهل بمعرفته، ولا يمكن أن يعلم ذلك أحد، فلم يكن له حكم العيب في قيام المبتاع فيه على البائع، ولا في عدم الإجزاء في الكفارة، لأن المكفر قد أدّى ما تجب عليه باجتهاده، ولم يقصر، فلا درك عليه فيها لا يمكن أن يعلم، إذ لم يكلف معرفة ما ليس في وسعه من ذلك قال الله عزّوجلّ: ﴿لاَ يُكَلِّفُ اللهُ نَفْساً إلاَّ وسْعَهَا﴾(١٠).

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من ابن القاسم

حدثنا عبد الرحمان بن أبي الغمر قال: سئل ابن القاسم عن الرجل يقول لامرأته قد جعلت أمرك بيدك، فتقول: أنا عليك كظهر أُمك قال ليس ذلك لها.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الزوج إنما ملكها في الطلاق، فليس لها أن توجب عليه أن لا يقربها حتّى يكفر كفارة الظهار، فإذا لم يكن ذلك لها، فقد سقط ما كان بيدها من التمليك إذا قضت بما ليس لها، إلا أن تقول: أردت بذلك الطلاق، فيكون ثلاثاً، إلا أن يناكرها الزوج فيما فوق الواحدة. والله أعلم.

مسألة

وقال: في رجل ظاهر من امرأته، فأَعطته رقبة يعتقها في

(١٠) البقرة: ٢٨٦.

ذلك، قال: إن كانت أَعطته بشرط يعتق عنها، فذلك غير جائز، وإن كانت أعطته بغير شرط فلا بأس بذلك.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قالَ: لأنها إذا أعطته إياها أو ثمنها على أن يعتقها فلم يملكها قبل العتق ملكاً تاماً لَمَا لزمه من عتقها بالشرط الذي شرطت عليه. وقد قال في **المدونة**: أن لا تجزيه أن يعتق إلا رقبة يملكها قبل العتق، ولا يعتق عليه، فصار بمنزلة من اشترى من يعتق عليه فأعتقه عن ظهاره، ولا هي أيضاً أعتقها عنه بإذنه، فيجزيه على اختلاف في ذلك أيضاً. ولا يرد العتق وإن لم يجزه عن ظهاره، واختلف في ماله ففي **المدونة** لابن نافع أن ماله تابع له، ولا يقبل قول المرأة فيه. وقال ابن القاسم: القول قولها إنها أعطته بغير مال، ويكون لها المال. وبالله التوفيق.

مسـألة

وسئل ابن القاسم عن رجل قال: أعتقوا عني رأساً من رقيقي وله عشرة أرؤس في ظهار وجب عليه ثمّ مات. قال: الورثة مخيروز يُعتِقون أيهم شاؤوا، إذا كان ممن يجوز في الظهار.

قلت: أَرأيت إن كان عبيده كلهم عُمْيٌ؟ قال: إن كان الذي أوصى عالماً أنه ليس من عبيده واحد يجوز في الظهار، رأَيت أن يسهم بينهم فيعتقوا واحداً منهم، وإن كان ممن يظن أن أحدهم يجوز عنه في الظهار، يعذر بالجهالة، يخرج عشر قيمتهم، فيشتري رقبة صحيحة قيل له لا يوجد، قال: بل يوجد صغيراً.

قال محمد بن رشد: قوله: إن الورثة مخيّرون في عتق من شاءوا منهم إن كانوا ممن يجوز في الرقاب، خلاف قوله في أوّل سماع عيسى مثل قول أصبغ فيه. وقوله: إن كان عبيده كلهم عُمْي إنه يُسهم بينهم إن كان الموصي عالماً بذلك، وإنه يباع منهم بعشر قيمتهم إن لم يكن عالماً بذلك، بيان لما في

سماع عيسى. وقد مضى هنالك القول على هذا المعنى مستوفى، فلا معنى لإعادته هنا. وبالله التوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: في رجل قال لامرأته: أنت عليَّ كظهر أُمي إن لم أتزوج عليك، فأخذ في الكفارة، فلما صام شهراً وقع بين امرأته وبينه مشاجرة. فقال لها: أنت عليَّ كظهر أُمي إن لم أتزوج عليك قال: يبتدىء شهرين من يوم ظاهر الظهار الآخر. قيل له: فإن ابتدأ فلما صام أياماً أراد أن يبر بالتزويج فيتزوج عليها، فقال: إذا تزوج عليها سقطت عنه الكفارة، وبطل عليه الصيام.

قال محمد بن رشد: لا يجب على الرجل الظهار بقوله: امرأتي عليَّ كظهر أُمي إن لم أتزوج عليها، لأنه يحنث بعد، ولا يقع عليه الحنث بذلك إلا بعد الموت، إلا أن الكفارة تجزيه قبل الحنث، لأنها يمين هو فيها على حنث، فإن أراد أن يكفر ليحُل عن نفسه الظهار، فيجوز له الوطء، كان ذلك له، وإن لم يفعل وطالبته أمرأته بالوطء ورفعته إلى السلطان، ضرب له أجل الإيلاء، إذ لا يجوز له أن يطأ إلا أن يكفر، فإن هو لما أخذ في الكفارة قال لها مرة أخرى: أنت عليَّ كظهر أُمي إن لم أتزوج عليك، عاد إلى ما كان عليه قبل أن يبتدىء الكفارة وسقط ما مضى منها، ولم يكن له أن يطأها حتّى يستأنف الكفارة، على ما قال ولم يكن عليه أن يتمّ الكفارة التي دخل فيها، ثمّ يستأنف الكفارة لليمين الأخرى، لأن اليمينين جميعاً على فعل واحد، فلا يلزمه فيهما إلا كفارة واحدة حسب ما مضى بيانه في نوازل أصبغ فإن تزوج عليها برّ بالتزويج، وانحلت عنه اليمين، ولم يكن عليه إتمام ما دخل عليه فيه من الكفارة. وهذا كله بيّن، وقد مضى ما يزيده وضوحاً وبياناً في رسم لم يدرك من سماع عيسى. وبالله التوفيق لا رب غيره ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

كتاب التخيير والتمليك الأوّل

من سماع ابن القاسم

من كتاب قطع الشجر

قال: قال سحنون: أخبرني ابن القاسم، قال: سئل مالك عن رجل قال لرجل وتحته ابنته: آقبَلْ مني ابنتك، وقد بنى بها، قال: ذلك على وجه الغضب، فقال: قد قبلتها منك، ثمّ قال على أن تردّوا عليَّ مالي قال: لا أرده عليك، فقال: أراها قد بانَتْ منه بتطليقة، وأرا أن يخطبها بنكاح مستأنف، وتكون عنده على اثنين، ولا أرى له من المال الذي استثنى شيئاً، إذا لم يكن ذلك نسقاً واحداً. وذلك أنه أراد المبـاراة.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة المعنى على أصل ابن القاسم وروايته عن مالك في أن مبـاراة الرجل امرأته طلقة بائنة، وإن لم يأخذ منها على ذلك شيئاً قياساً على مخالعته إياها على شيء يأخذه منها، لأنها مفارقة يتفقان عليها في الوجهين جميعاً، فرأى أن اتفاق الرجل مع أبي المرأة على قبوله إياها، هو وجه المبـاراة، لأن المباراة مفاعلة، فلا تكون إلا من اثنين، فسواء كانت من الزوجين أو من الزوج وأبي الزوجة، فلهذا قال: وذلك أنهما أرادا المباراة، فلما كانت تبين منه بقبول أبيها إياها على وجـه المباراة، كان قوله بعد ذلك على أن تردوا عليَّ مالي ندماً منه، لا ينتفع به إلا

أن يكون نسقاً متتابعاً بالكلام، كما قال، وذلك بمنزلة أن يطلق الرجل امرأته ثم يقول بعد ذلك إن شاء زيد، وما أشبه ذلك، إن ذلك لا ينفعه، إلا أن يكون الكلام متصلاً متتابعاً.

مسألة

وسئل عن رجل قال لامرأته أقضي ديني وأُفارقك، فقضته ثمّ قال: لا أفارقك، حقٌ كان لي عليك أعطيتنيه، قال: أرى ذلك طلاقاً إذا كان ذلك على وجه الفدية، قال: فإن لم يكن على وجه الفدية أحلف[1] بالله ما كان على وجه الفدية، وما أردت إلا أن أُطلقها إلا بعد ذلك، إذا أقضتني ويكون القول قوله.

وسئل عن المرأة إذا قالت خذ مني هذه العشرين، وفارقني، قال: نعم، ثمَّ قال حين قبضها لا أفارقك قال: أراه قد فارق، وما أرى الذي قال لامرأته أقضي ديني على وجه الفدية وأفارقك، فكسرت شيها وأعطته إلا بمنزلة الرجل يقول لغريمه: أعطني كذا وكذامن حقي ولك منه كذا وكذا يلزمه، ويثبت عليه، وكأني أرى الطلاق يشبهه فأراها أملك بنفسها في هذا والله أعلم.

قال محمد بن رشد: قوله في الذي قال لامرأته أقضي ديني وأفارقك، ثم قال: لا أفارقك، حق كان لي عليك فقضيتنيه، إن ذلك يكون طلاقاً إذا كان على وجه الفدية، معناه، إذا ثبت أن ذلك كان على وجه الفدية ببساط، تقوم عليه بيّنة، مثل أن تسأله أن يطلقها على شيء تعطيه إياه، فيقول لها: اقضي ديني وأفارقك، وما أشبه ذلك، أو يقر بذلك على نفسه، فإذا ثبت ذلك أو أقر به على نفسه، كان خلعاً ثابتاً، وإن لم تكن كسرت فيما قضته شيها ولو كسرت فيه شيها كان أبين، على ما قال في آخر المسألة، فإن لم يثبت ذلك ولا أقر به، وادعا أن ذلك لم يكن منها على وجه الفدية، وأنه لم

---

(١) يقال حلف يحلف بالله: أقسم به، وأحلفه وحلّفه جعله يحلف.

يرد بذلك إيجاب الطلاق على نفسه، حلف كما قال على الوجهين جميعاً، يحلف بالله ما كان على وجه الفدية، وما أراد إلا أن يطلقها بعد ذلك إذا قضته، ووقع في المبسوط من رواية ابن نافع عن مالك، أنه يحلف ما أراد أن يطلقها إذا قضته، وليس ذلك بخلاف لقوله ها هنا، والمعنى في ذلك أنه يحلف على ما ادعا أنه أراده من ذلك، وقد روي عن مالك أن الفراق يلزمه، ولا يكون من اليمين، وهو قول أصبغ، واختيار ابن المواز، قال: لأن قبضه لما قبضه منها وجه خلع، والأول هو اختيار ابن القاسم، وقع اختلاف قول مالك في هذا واختيار ابن القاسم في رسم أوصى من سماع عيسى. وأما الذي قالت امرأته: خذ مني هذه العشرين ديناراً وفارقني، فقال نعم، ثم قال حين قبضها: لا أفارقك، فلا اختلاف في أن ذلك خلع قد تمّ، وكذلك لو قال لها هو ابتداء: أعطني عشرين ديناراً وأفارقك، فلما قبضها قال: لا أفارقك، لم يكن ذلك لها له. لأن قبضه العشرين منها رضى منه بالمفارقة، واختلف إن قال لما أتته بها لا أقبلها ولا أفارقك على ثلاثة أقوال: أحدها إن الفراق يلزمه. والثاني إنه يلزمه ويحلف، وهو قول ابن القاسم في رسم العرية من سماع عيسى. والثالث الفرق بين أن تبيع فيه متاعها وتكسر فيه عروضها، وبين أن تأتيه بها من غير شيء تفسده على نفسها. وهو قول ابن القاسم في آخر سماع أبي زيد. وكذلك إن كان له عليها دين إلى أَجل، فقال لها: إن عجلت لي ديني أفارقك، فعجلته له وقبضه منها، يلزمه الطلاق بإجماع، لأن قبضه منها قبل حلوله رضي منه بالمخالعة، ويرد المال إليها إلى أجله، لأن تعجيله على الطلاق حرام، ولو كان لَمَّا أتته به أبى من أخذه ومن طلاقها، لجرى ذلك على الثلاثة الأقوال المذكورة. وستأتي هذه المسألة في رسم العرية من سماع عيسى. وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: فيمن قال لامرأته: إنْ دعوتني إلى الصلح فلم أُجبك فأنت طالق، فدعته إلى دينار، فقال لم أُرد هذا إنما أردت نصف متاعها أو مثل مهرها، قال: ذلك إليه، ويحلف، ثم يخلى بينه

وبين ذلك. قال ابن القاسم: وإن لم تكن له نية فلم يجبها حنث.

قال محمد بن رشد: قوله: ويحلف، يدل على أنه لم يكن مستفتياً في يمينه، وإنما كان مخاصماً فيها، فادعا البيّنة بعد إقراره باليمين أو قيام البينة عليه بها، ولو كان مستفتياً لم يحلف، وإنما وجب أن يُنوَّا مع قيام البينة، لأنها نية محتملة، ليست بمخالفة لظاهر لفظه، من أجل أن الألف واللام في لفظة الصلح، يحتمل أن تكون للجنس فتعم أنواع الصلح بالقليل والكثير، ويحتمل أن يكون للعهد وهو الذي يشبه أن يتخالع به الزوجان، كما ادعا. ولو قال لها: إن دعوتني إلى صلح فلم أُجبك فأنت طالق، لوجب أن لا ينوَّا مع إيقام[٢] البينة. لأن لفظة صلح نكرة، فهي تقع على كل صلح، بقليل أو كثير، كمن حلف ألا يدخل بيتاً فقال: نويت شهراً وما أشبه ذلك. وقول ابن القاسم وإن لم تكن له نية، ولم يجبها حنث صحيح، مبين لقول مالك. وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: من خالع امرأته على أن تخرج إلى بلد غير بلده، أخذ منها على ذلك شيئاً أو لم يأخذ، ثم أبت أن تخرج فهي على خلعها ولا تجبر على الخروج.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الخلع عقد يشبه عقد النكاح إذ تملِك به المرأة نفسها، كما يملك بالنكاح المرأة زوجها، فوجب ألا تلزم الشروط فيه بالخروج من البلد، أو الإقامة فيه أو ترك النكاح، وما أشبه ذلك من تحجير المباح، كما لا يلزم شيء من ذلك في النكاح، إلا أن يكون بعقد يمين، مثل أن يقول: فإن فعلت فعبدها حرّ، ومالها صدقة على المساكين، فيلزمها إن فعلت حرية عبدها، أو الصدقة بثلث مالها، ولو خالعها على أن تخرج من البلد، فإن لم تفعل فعليها لغير زوجها كذا وكذا، لَحُكِم عليها بذلك له، على القول بأن من حلف بصدقة شيء بعينه، وعلى رجل بعينه

(٢) كذا.

فحنث، إنه يجبر على ذلك. والقولان في المدونة. ولو قال: فإن لم تفعل فعليها لزوجها كذا وكذا لبطل ببطلان الشرط، ولم يكن له من ذلك شيء على قياس أوّل مسألة من رسم سعد بعد هذا. ولو اشترط عليها أن تخرج من المنزل الذي كانت تسكن فيه معه، لم يجز الشرط، لأنه شرط حرام، ولزمها أن تسكن فيه طول عدتها، ولا شيء عليها، إلا أن يشترط عليها كراءه، فيجوز ذلك. قاله في كتاب إرخاء الستور من المدونة. وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك فيمن أقر أن امرأته اختلعت منه على أن تعطيه شيئاً من مالها وأنكرت ذلك، ولا بيّنة بينهما: إنه إن أقر أن الخلع قد ثبت ووقع الفراق، فقد وقع عليه الطلاق، ويحلف بالله الذي لا إله إلّا هو ما أعطته شيئاً من مالها، فإن قال: إنما كان ذلك بيني وبينها على أن تعطيني ما سمت، فإن تمت على ذلك وتم ذلك لي، وقع الخلع بيني وبينها، فإن لم تتم على ما قالت، لم يقع بيني وبينها شيء أحلف على ذلك، وقرت عنده قال سحنون: في هذه المسألة جيدة جداً. وقال أصبغ: إنما يجوز دعوى الزوج. وقوله: إني إنما أردت أنها إن أعطتني ما سمت وإلا فلا صلح بيني وبينها، أذا كان دعواه هذا متصلاً بإقراره بالصلح نسقاً واحداً فإما أن يقر بالصلح أولاً، ثمّ يقول بعد ذلك: إنما أردت إن أعطتني ما سمت، وإلا فلا صلح بيني وبينها فلا يقبل قوله، ويمضي الصلح، ولا أرى له إلا ما أقرت به المرأة.

قال محمد بن رشد: المسألة صحيحة جيدة، على ما قال سحنون وقول أصبغ مبين لقول مالك، على معنى ما في المدونة في الذي يخالع امرأته، فيخرج ليأتي بالبيّنة ليشهد عليها. فتجحد أن الطلاق له لازم، وتحلف هي، ولا يلزمها شيء مما ادعا الزوج أنها خالعته عليه، فلا اختلاف في أن الرجل

إذا أقر أنه خالع امرأته فيما بينها وبينه على شيء سمته لهُ، أن الطلاق له لازم، أقرت أو أنكرت، وتحلف إن أنكرت، ولا يكون عليها شيء ممّا زعم الزوج أنها سمته له في الخلع، إلا أن يكون إقراره إنما كان على أنه خالعها على أنها إن أعطته ما سمت له، وإلا فلا خلع بينه وبينها كما قال أصبغ: وإنما اختلفوا إذا قال الرجل وامرأته غائبة اشهدوا أني قد بارأت امرأتي على كذا وكذا، على قولين: أحدهما إن الطلاق له لازم، وتُسأل المرأة، فإن أمضت له ما باراها عليه،لزمها ذلك، وإن لم تمضه لم يلزمها. وهذا قول أصبغ في **الواضحة والثاني** أنها تُسأل، فإن أمضت له ما بارأها عليه، مضى الخلع عليه حينئذ،وإن لم تمضه، لم يلزمه الخلع، وكانت امرأته. والله الموفق.

ومن كتاب سعد في الطلاق

وقال مالك في رجل صالحته امرأته على أن يفارقها وتعطيه شيئاً من مالها، على ألا ينكح أبداً، فإن فعل، فما أخذه منها رُد إليها. قال مالك: له المال الذي أعطته في الذي أعطاها من فراقه إياها. وأما ما شرطت ألا يتزوج أبداً، فإن ذلك ليس عليه.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه إذا لم يلزمه بالشرط ألا يتزوج على ما ذكرناه في الرسم الذي قبل هذا فأحْرَا ألا يلزمه به، أن يرد إليها ما أخذ منها إن نكح، لأن الخلع يئول بذلك إلى فساد، إذ لا يدري، هل يرجع إليها مالها فيكون سلفا أو لا يرجع فيمضي بالفراق؟ ويلزم في هذه المسألة على قياس ما في سماع عيسى عن ابن القاسم من كتاب طلاق السنة في الخلع بثمرة لم يبد صلاحُها أن يمضي الخلع ويكون لها خلع مثلها. وهذا إذا عثر على ذلك قبل أن يدفع إليها ما خالعته عليه، وأما إن لم يعثر على ذلك حتّى دفعت إليه ما خالعته عليه، وغاب عليه، فينفذ الخلع، ويبطل الشرط، لأن فسخه ورده إلى خلع مثلها، تتميم للفساد الذي اقتضاه الشرط. وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وقال مالك في الرجل يملّك امرأته أمرها فتقول: قد قبلت لأنظر في أمري، فيقول: ليس ذلك لك، أو يقول: فانظري، أو يقول: بعد قوله لها انظري الآن، وإلا فلا شيء لك، قال مالك: ذلك بيدها حتى يقفها السلطان، فتطلق أو تترك.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة كان يمضي لنا فيها عند من أدركنا من الشيوخ أنها مسألة صحيحة مبيّنة لما في **المدونة** من أن المملّكة إذا قيدت القبول في المجلس، بأن تقول: قد قبلت لأنظر في أمري، أو قد قبلت أمري، وقالت: أردتُ بذلك قد قبلت أن أنظر فيما جعل إليّ إن ذلك بيدها حتّى يقفها السلطان، على القول: بأنه ليس لها أن تقضي إلا في المجلس، وأن المسألة تخرج من الخلاف بتقييد القبول في المجلس، وليس ذلك بيّن، لأن المسألة إنما تخرج من الخلاف، ويكون لها أن تقضي ما لم يقفها السلطان، إذا قيدت القبول في المجلس بحضرة الزوج، فلم ينكر عليها ذلك، لأن سكوته على ذلك، كالإذن منه لها في ذلك، بمنزلة أن لو قال لها: أمرك بيدك، تنظرين لنفسك، وإن انقضى المجلس. وأما إذا قالت قبلت لأنظر في أمري فرد عليها قولها وقال لها: ليس ذلك لك، إما أن تقضي الأن، وإلا فلا شيء لك، كما قال في هذه الرواية، فالمسألة جارية على القولين، يسقط ما بيدها بانقضاء المجلس في القول الواحد، ولا يسقط في القول الثاني حتّى يوقف، لأنه لمّا ردّ عليها قولها، بقي الأمر على حكم التمليك المبهم في دخول القولين فيه، والذي يبين هذا أنه لو قال لها: أمرك بيدك على أن تقضي في مجلسنا هذا أو تردي، لم يكن لها أن تقضي بعد انقضاء المجلس باتفاق، ولو قال لها أمرك بيدك ولا عليك أن تعجلي بالقضاء في المجلس، لكان الأمر بيدها، وإن انقضى المجلس باتفاق وإنما وقع الاختلاف إذا أبهم، فمرّة رأى مالك مواجهته لها بالتمليك، كلاماً يقتضي الجواب في المجلس، كالمبايعة. ولو قال رجل لرجل: قد بعتك سلعتي بعشرة دنانير إن شئت، فلم يقل أخذتها بذلك حتّى انقضى المجلس،

لم يكن له شيء باتفاق، ومرّة رأى أن التمليك أمر خطير، يحتاج فيه إلى النظر والرويّة، فجعل الأمر بيد الزوجة وإن انقضى المجلس، بخلاف البيوع. وإذا وقفها الإمام بعد انقضاء المجلس، فقالت: أخرني أرى رأْيي وأستشير. فليس ذلك لها. وإنما ذلك في مجلسه على ما في سماع أشهب في المُولي يوقف، فيسأل أن يؤخّر حتّى يرى رأيه، وعلى ما في سماعه أيضاً من كتاب الشفعة في الشفيع يسأل أن يؤخّر حتى ينظر ويرا رأيه. وقد ذهب بعض المتأخرين إلى أنها تؤخر ثلاثة أيام حتى يرى رأيه على ما روى ابن عبد الحكم عن مالك في الشفيع، إنه يؤخر ثلاثة أيام ليرى رأيه وعلى الحديث في المُصرَّات[3] إنه بالخيار ثلاثاً ليرى رأيه في الأخذ أو الرد، لأن حال التصرية يعلم فيها دون ذلك، والأمر محتمل. وفي قول النبي عليه السلام لعائشة لمّا خيرها **ولا عليك أن تعجلي حتّى تستأمري أبويك**[4] تعلق لكلا القولين، إذ قد يحتمل أن يكون ذلك إعلاماً بمالها من الحق في ذلك، وأن يكون حقاً أوجبه لها بقوله ذلك. والله الموفق.

مسألة

وقال مالك: إذا أعطت المرأة زوجها شيئاً على أن يخيرها فليفعل فاختارت نفسها، فهي ثلاث ألبتة، ولا تحل له حتّى تنكح زوجاً، وذلك أن الخيار إذا خيرها يقول: اختاري أن تقيمي أو

(٣) التصرية: حبس اللبن في ضروع الإبل والغنم تغريراً للمشتري. وفي الحديث، عن أبي هريرة رضي الله عنه، أن النبي ﷺ قال: مَن اشترى شاة مُصرَّاة فهو بالخيار ثلاثة أيام، إن شاء ردها وَصاعاً من طعام. رواه أبو داوود في سننه.

(٤) روى النسائي في سننه، عن أبي سلمة بن عبد الرحمن عن عائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم أنها أخبرتْه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم جاءَها حين أمرَه الله أن يُخيّر أزواجه، قالتْ عائشةُ: فبدآبي رسولُ الله صلى الله عليه وسلَّم فقال: «إنّي ذاكرٌ لكِ أمْراً فلا عَلَيكِ أنْ لا تُعجِّلي حتَّى تَسْتَأمِري أبويْك» قالتْ وقدْ علِمَ أنَّ أبويَّ لا يأمُراني بفِراقه، ثم قال رسولُ الله صلى الله عليه وسلم: «يا أيُّها النبي، قل لأزواجكَ إن كنتنَّ تـرِدْن الْحياةَ الدنيا وزينتها فتَعَالَيْنَ أمتِّعكُنَّ» فقلت: في هذا أستامر أبويَّ؟ فإني أريد الله ورسوله والدار الآخرة.

تذهبي، وليس بمنزلة التمليك.

قال محمد بن رشد: اختلف قول مالك في الرجل يملك امرأته أو يخيرها على شيء تعطيه إياه، فمرة رأى التخيير والتمليك في ذلك جار على سنته، لا تأثير لما أعطته من المال في شيء من ذلك، لأنها إنما أعطته المال على أن يملكها أو يخيرها، فإذا ملكها أو خيرها وجب له المال، وكان لها هي في ذلك سنة الخيار والتمليك، وهو قوله في هذه الرواية، فإن خيرها فقضت بالثلاث، لم يكن له أن يناكرها، وإن قضت بواحدة أو اثنتين، لم يكن لها شيء، وإن ملكها فقضت بما فوق الواحدة كان له أن يناكرها في ذلك، وتكون له الرجعة، ومرة رآها بما أعطته من المال على أن يملكها أو يخيرها في حكم المملكة أو المخيرة قبل الدخول، لأنها تبين بالواحدة بسبب المال، كما تبين المطلقة قبل الدخول بواحدة، بسبب أنه لا عدة عليها، فيكون له أن يناكرها في التخيير والتمليك إن قضت بما فوق الواحدة، وتكون طلقة بائنة. وعلى هذا القول يأتي قول ابن القاسم في رسم أوصى ورسم إن خرجت من سماع عيسى. وعليه قيل: إن من أعطته امرأته شيئاً على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، إنها لا حجة لها في ذلك، إذ قد نالت بها ما نالت بالثلاث، إذ هي بائنة. والله الموفق للصواب بفضله.

ومن كتاب حلف ألّا يبيع سلعة سمّاها

وسئل عن الرجل يريد سفراً فتقول له امرأته: إني أخاف أن تبطىء عني، فيقول لها إن لم آتك إلى أجل كذا وكذا، فأمرك بيدك، فمر الأجل، وتقيم بعد ذلك الشهر والشهرين، فتختار نفسها. أترى ذلك لها؟ وتقول: إني إنما أقمت انتظاراً ولم أترك ذلك. قال: أرى الخيار لها. **قلت له:** أفترى أن تستحلف في مثل هذا أن إقامتها لم تكن تركاً للخيار؟ قال: أرى أن يستحلف النساء في مثل هذا. وما أرى ذلك عليها.

قال محمد بن رشد: رأى مالك ـ رحمه الله ـ للمرأة أن تقضي في

نفسها بما وجب لها من التمليك بعد الشهر والشهرين، بخلاف المواجهة بالتمليك، لأن مواجهتها بالتمليك تقتضي الجواب منها في المجلس، فاختلف في ذلك قول مالك، ولم يختلف قوله في هذه إلا في إيجاب اليمين عليها، فلم يوجب ذلك عليها هاهنا. وأوجبه عليها في كتاب ابن المواز، وهو قول ابن القاسم من رواية ابن عبد الحكم عنه في رسم جاع من سماع عيسى. وهذا على الاختلاف المعلوم في لحوق يمين التهمة. ولو أقامت أكثر من الشهر والشهرين، لعد ذلك منها رضى، ولم يكن لها خيار، بخلاف الأمة تُعتق تحت العبد، فيكون لها الخيار وإن طال الأمر، ما لم يطأها بعد العتق. والفرق بين المسألتين، أن منعها نفسها من العبد، دليل على أنها على خيارها وإن طال الأمر. وأما في هذه المسألة فلا دليل معها في أنها على خيارها من أجل أن الزوج غائب عنها. ولو جعل أمرها بيدها إن تزوج عليها، لكانت مثل مسألة الأمة تعتق تحت العبد، بدليل امتناعها منه. وقد قيل: إنها كالمواجهة بالتمليك، فيكون لها أن تقضي وإن طال الأمر، ما لم يوقف وهو قول ابن المواز من رأيه على قياس قول مالك، في أن للمملكة القضا ما لم يوقف وقيل: لا يكون لها أن تقضي إذا انقضى المجلس الذي وجب لها فيه التمليك. وهو قول ابن وهب من سماع يحيى، وقول أشهب في سماع زونان، وقول ابن القاسم في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب النكاح، على قياس قول مالك الأوَّل، في إنه لا قضاء للمملكة المواجهة بالتمليك بعد انقضاء المجلس. فيتحصل في المواجهة بالتمليك قولان، وفي التي لم تواجه بالتمليك ثلاثة أقوال. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن المرأة تختلع من زوجها على أن يسلّم إليها متاعها، وتسلم إليه متاعه، ويتفرقان على ذلك. قال: هذا خلع بائن. قيل له: فإنها لم تعطه شيئاً، قال: فيقول لها أنت طالق، كأنه يقول لها: فتطلق بغير مخالعة، قيل أفتراه بائناً؟ قال: نعم.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنها خالعته على أن يسلم كل واحد منهما إلى صاحبه متاعه، فأسلمت إليه ما ظهر من متاعه، ولم تعطه شيئاً مما غابت له عليه منه، وزعمت أنها لم تغب له على شيء، ولا له عندها شيء، فلزمه الخلع بظاهر الحكم، ولم يصدق فيما ادعا مما يبطله عنه من جحدها لمتاعه الذي إنما خالعها على أن تقر له به، وتعطيه إياه وأمره أن يطلقها، فيقول: أنت طالق. استحساناً، لئلا تخرج، ويأثم إن تزوجت، وليجوز له أيضاً هو نكاح إن شاء أو رابعة إن كان عنده ثلاث سواها، إذ هي بائنة، في عصمته في باطن الأمر، إن كان صادقاً، لأن حكم الحاكم في الظاهر، لا يحيل الأمر عما هو عليه في الباطن عند من علمه، ولو أقرت له بالمتاع، لحكم عليها بدفعه إليه، ولو قال إنها أقرت له بمتاعه فخالعها على أن تدفعه إليه، فجحدت إن تكن أقرت له بشيء للزمه الخلع في الظاهر والباطن، ولم يكن عليها إلا اليمين، ما أقرت بشيء على معنى ما في المدونة وما مضى في آخر مسألة من الرسم الأول من السماع. وبالله التوفيق.

ومن كتاب الشجرة تطعم بطنين في السنة

وسئل مالك عن الرجل يطلق امرأته وله منها بنت، فالقتها أمها إليه وقالت: ليس لي بابنتك حاجة، فدفعها إلى امرأته وقالت له: إن وجدت شيئاً تعطيني أخذتها منك وإلا أرضعتها لك (باطلاً)(٥) فقامت جدة البنت أم امرأته فقالت: لا أسلم ابنة ابنتي، وأنا آخذها. فقال له مالك: أله سعة؟ قال: لا قال: لا أرى ذلك لها، كأنه يقول: لا تأخذوا منه شيئاً في معنى ما رأيت منه.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قال إنه إذا كان الأب معسراً فليس للجدة أن تأخذها، إلا أن تلتزم إرضاعها، إذ قد سقط ذلك عن الأب لعُدمه، ولو كان موسراً لكان للجدة أن تأخذها، ويكون على الأب أجرة رضاعها على معنى ما في المدونة، خلاف ما روى ابن وهب عن مالك في

(٥) المراد: دون مقابل.

الأب الموسر، يجد من يرضع له ولده (باطلاً). وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يخير امرأته قبل أن يدخل بها وهي ممن لم تَحِضْ فتختار نفسها، أفتراه طلاقاً؟ قال: نعم، إذا كانت قد بلغت في حالها، يريد بذلك مبلغ التي توطأ فيها ظننت، قال سحنون: لها الخيار وإن لم تبلغ، لأنه هو الذي جعل ذلك إليها.

قال محمد بن رشد: القائل يريد بذلك مبلغ التي توطأ مثلها. هو ابن القاسم، ولمالك في رسم بع ولا نقصان عليك من سماع عيسى من قول مالك: إن الطلاق يلزمها وإن لم تبلغ مبلغاً يوطأ مثلها، إذا كانت قد عقلت وعرفت ما ملكت فيه معنى الخيار والطلاق، لاستؤني بها حتّى تعقل ثمّ تختار. وقاله ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب النكاح، وهو مفسر لقول مالك ها هنا. وقول سحنون: لها الخيار وإن لم تبلغ، يحتمل أن يريد وإن لم تبلغ المحيض، وأن يريد وإن لم تبلغ مبلغاً يوطأ مثلها إذا كانت قد بلغت مبلغاً تعقل فيه فهو أحق بتبيين ما أراد، ومثله أيضاً لابن القاسم في سماع أبي زيد، من كتاب النكاح، فتفسيره هذا لقول مالك ضعيف، إذ الموجود له ولمالك خلافه، ولو كانت صغيرة لم تعقل فيه، وتعرف معنى الطلاق والخيار، فليس قوله بخلاف لقول مالك، ومن تأول عليه أنه أراد أن لها الخيار وإن لم تبلغ مبلغاً تعرف فيه معنى الطلاق، فقد أبعد والله أعلم.

مسألة

وسئل مالك عن عبد حلف لسيده بأن امرأته حرام إن أبق[٦] وقد كان أبق منه قبل ذلك، فغاب عنه ليلة، فلقي سيده صاحب الإباق فجعل على يديه فلقيه بالبلاط، فقال له الغلام: إني لم أبق ولكني حملت البارحة إلى العقيق وأجرت فيه نفسي، فهذا خراجي

(٦) في الصحاح: أبَق العبد يأبِقُ ويأبُقُ بكسر الباء، وضمها أي هرب.

معي، فجاء صاحب الإباق فأخبره ثمّ جاء بعد ذلك الغلام، فقال ذلك فقال مالك: لا أرى هذا إباقاً ولا أرى عليه شيئاً.

قال محمد بن رشد: هذا بين، على ما قال إن مغيبه عن سيده على هذا الوجه ليس بإباق، وقوله ولا أرى عليه فيه شيئاً، معناه لا أرى عليه فيه طلاقاً، ولو ادعت امرأته عليه إنه إنما غاب على سبيل الإباق كما كان فعل قبل ذلك، إذ حلف لسيده ألا يابق، لكان لها أن تحلفه إلا أن ياتي بسبب يعلم به صدقه فيما زعم من أنه غاب في إجارة نفسه. والله أعلم.

مسألة

وسئل عن امرأة صالحت زوجها واختلعت منه، فظنوا أن صلحهم لا يتم إلا أن يجعل أمرها بيدها، فيفعل ذلك، فتختار نفسها. قال: هي واحدة إلا أن يكون سمّا أكثر من ذلك، ويخطبها مع الخطاب.

قلت له: إنه قد كان ملكها. قال: إنما هو وجه الصلح، وقد جاءني العام غير واحد، فيسألني عن ذلك، فلم أر فيه إلا ذلك. قال سحنون: كل مبارية أو مفتدية أو مختلعة، قال لها زوجها عند مخالعتها أو مباراتها اختاري، فقالت: قد اخترت نفسي ثلاثاً أو قد حرمت نفسي، أو قد بنت منك، فناكرها الزوج عند ذلك وقال: إنما أردت واحدة، أحلف وكان القول قوله، وإنما هذا عندي بمنزلة الرجل يخير امرأته قبل دخوله بها، فتختار نفسها البتة، إن له أن يناكر عليها من قبل أن الواحدة تُبينها، فلما أن كانت الواحدة في هذه تبينها، وكانت الواحدة في المختلعة تبينها أيضاً، حملتها محملاً واحداً.

قال محمد بن رشد: إنما قال مالك في هذه المسألة إنها واحدة، إلا أن

يكون سمّى أكثر من ذلك، لأنه غلب الخلع على التمليك لما كان مقصودهما أولًا، فحكم له بحكمه على انفراد، ولم يلتفت إلى ما قارنه من التمليك، وقد قيل إن التمليك هو المغلب، وإلى هذا ذهب سحنون، إلا أنه رأى أن الطلاق الواقع به أو بالتخيير، إن كان اقترب به تخيير بائناً، من أجل ما أعطت المرأة من المال، فحُكم في ذلك بحكم المملكة والمخيرة قبل الدخول، يكون للزوج أن يناكر فيها فوق الواحدة، ويكون الطلاق في ذلك بائناً. ويأتي على القول بتغليب التخيير أو التمليك على الخلع، إذا اقترن به أحدهما مع ألا يراعي مع ما أعطت المرأة من المال، كما لم يراعه مالك في الذي أعطته زوجته مالاً على أن يخيرها في رسم سعد، أن يحكم في ذلك بحكم التمليك أو التخيير المنفرد من الزوج، دون مال يأخذه على ذلك، فيتحصل في المسألة على هذا ثلاثة أقوال وبالله التوفيق. لا شريك له.

ومن كتاب حلف ليرفَعن أمراً

وسئل مالك عن المرأة طلقها زوجها، ولها منه ولد صغير فتزوجت، فأخذ أبوه الصبي، ثمّ إن أمه كلمته في ذلك، فقاطعته، يعني صالحته وكتب بينهما كتاباً أن يتركه عندها سنتين، ثمّ تدفعه إليه، فطلق المرأة زوجها قبل انقضاء السنتين، فأرادت حبس ولدها بعد السنتين فقال أبوه: لا أقره عندك، فقد كتبتُ بيني وبينك كتاباً في سنتين، قال: قال مالك: أرى أن تدفعه إليها، فإن تزوجت قبضت ولدك من غير أن أرى ذلك عليك. قال ابن القاسم: ثمّ سمعته بعد ذلك يقول: أرى أن لك أن تأخذ ولدك.

قال محمد بن رشد: ليس الذي سمع منه آخراً بخلاف لما قاله أولاً، لأنه إنما ندبه أولاً إلى تركه عندها من غير أن يرى ذلك واجباً عليه، وذلك صحيح على معنى ما في **المدونة** من أنها إذا تزوجت فقد سقطت حضانتها في الولد جملة، فليس لها أن تأخذه إن مات الزوج عنها أو طلقها، وقد قيل إن

حضانتها إنما تسقط ما دامت مع الزوج، فإن مات عنها أو طلقها، رجعت فأخذت ولدها وكانت أحق بحضانته، وهو قول المغيرة، وابن دينار، وابن أبي حازم. ووجه هذا القول أن النكاح مما تدعو إليه الضرورة، فلا يُقدر على الصبر دونه، فأشبه سقوط حضانتها بمرضها، أو انقطاع لبنها، أنها ترجع فيها إذا ارتفع المانع لها من الحضانة، وقد قيل: إن حقها في الحضانة لا يسقط بالتزويج، إلا في جهة من حضن الولد في حال كونها مع الزوج، فإن خلت من الزوج ثمّ مات ذلك الحاضن كان لها أخذ ولدها، وكانت أحق بحضانته من غيرها. وهذا الاختلاف كله على القول بأن الحضانة من حق الحاضن، وأما على القول بأنها من حق المحضون، فلها أن تأخذ ولدها إذا خلت من الزوج قولاً واحداً. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل قال لامرأته: حرُم عليّ ما حل لي منك، إن قبَّلتك الليلة، فاستغفلته فقبَّلتْه وهو لا يريد ذلك، فردده مراراً، ثم قال: أرى أن يحلف بالله الذي لا إله إلا هو، ما هذا الذي أردت، يعني بذلك أنها قبَّلتني ولم أرد ذلك على وجه أنه لم يركن ولم يداهن، فإذا حلف فهي امرأته.

قال محمد بن رشد: لم يذكر في هذه المسألة يميناً، في النذور من المدونة ولا في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الأَيمان بالطلاق، وهو الأظهر أنه لا يمين عليه في أنه لم يكن منه في ذلك مداهنة ولا استرخاء، لأن الزوجة إن ادعت ذلك، فهي مدعية للطلاق ومن قولهم: إنه لا يمين للمرأة على زوجها في دعواها الطلاق، وإن لم تدع ذلك عليه في دعواها، وإنما أتى مستفتياً، لم يصح أن يستحلف، إلا أن يتطوع لها باليمين تطييباً لنفسها. فهو حسن وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل كانت امرأته غائبة، فتزوج امرأة فقدمت الغائبة عليه، فجزعت من نكاحه إياها عليها، فقال لها: لِمَ تجزعين؟ يوم أختارها عليك، فطلاقها بيدك، فطلق الغائبة التي تزوجها عليها التي جعل الأمر في يدها. قال مالك: ما أرى طلاق الآخر، إلا بيدها، وأرى أنه قد اختارها عليها حين طلقها.

قال محمد بن رشد: وكذلك لو حلف لها بطلاقها إن آثرها عليها فطلق الأولى، لطلقت عليه الثانية. قاله مالك في آخر كتاب الشفعة من المدونة في بعض الروايات، وهو صحيح بيّن، إذ لا امتراء في أنه قد آثرها عليها إذ أمسكها وطلقها هي وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل تكون تحته المرأة، فيتزوج عليها، فتغار التي كانت تحته، وتؤذيه فيقول لها لا تؤذني. إن حبستها أكثر من سنة فأمرها بيدك. قال مالك: لا يعجبني أن يطأ الرجل امرأة طلاقها بيد الأخرى، أو أرى أن تطلق التي جعل فيها الشرط. قلت له: أفترى ذلك عليه؟ قال: ما أشبهه بذلك، وما أدري ما حقيقته. وسألت ابن القاسم عن هذا فقال: لا يعجبني قوله، والذي استحسن في هذه المسألة، وما كلمت فيها من أرضى به. أنه يوقف، ويقال له: إما طلقت الآن، وإما كان أمرها بيد امرأتك الأخرى، التي جعلت أمرها بيدها. فإما طلقت، وإما أقرت الساعة.

قال محمد بن رشد: قول مالك: إنه يطلق التي جعل فيها الشرط، ليس ينقاس على أصولهم في أن من ملّك رجلاً أمر امرأته إلى أجل معلوم، أنه يوقف الآن، فإما أن يقضي وإما أن يرد، وكفى من الدليل على ذلك أن

مالكاً قد قال: إنه ما يدري ما حقيقته. وقول ابن القاسم هو الذي يأتي على المشهور من مذهبه. وروايته عن مالك في المدونة وغيرها في الـذي يقول لامرأته: أنت طالق ثلاثاً إن لم أطلقك واحدة إلى سنة، أو أنت طالق واحدةً إن لم أطلقك ثلاثاً إلى سنة أنه يوقف الآن، فيقال له: إما طلقت امرأتك واحدة، وإلا طلقت عليك ثلاثاً. ويأتي على مذهب من يرى أنه لا يوقف الآن ويترك إلى الأجل حتّى يرى إن كان يبر أو يحنث. وهو قول سحنون وأصبغ، وأحد قولي ابن القاسم، وعليه يأتي ماله في سماع أبي زيد، أنه لا يوقف الآن ويترك إلى الأجل، فإن لم يطلق حتّى يحل، كان أمرها بيد امرأته، وبالله التوفيق لا شريك له.

ومن كتاب سنّ رسول الله عليه السلام

وسئل عن رجل ملك امرأته نفسها، فقضت بثلاث، فقال: إنما ملكتك واحدة، وكان ذلك في مجلسها. قال: أرى أن تحلف، قيل له: فإنه ردّ اليمين عليها، قال: لا يُحلف النساء في التمليك، وليس يحلف فيه إلا الرجال.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قال، لا اختلاف في المذهب أنه ليس للرجل أن يناكر امرأته، إلا أن يحلف على نيّة يدعيها، على ما جاء في ذلك عن عبدالله بن عمر رضي الله عنه، وكذلك لا اختلاف في أنه ليس له أن يرد اليمين عليها، إذ لا يعلم صدقه من كذبه فيما ادعاه من النية.

مسألة

وسئل مالك عن رجل قال لامرأته: امرك بيدك، فقالت: قد قبلت، ثمّ سئلت بعد ذلك على الذي أرادت، فقالت: إنما أردت واحدة، فقيل له: أتستحلف إنما أرادت واحدة؟ فقال لا يستحلف النساء في التمليك.

قال محمد بن رشد: إنما قال لا يستحلف النساء في التمليك، لأن المرأة إذا جعل أمرها بيدها، صار الطلاق الذي كان بيد الزوج بيدها، والزوج إذا ادُّعي عليه الطلاق لا يحلف، فإذا كان الزوج لا يحلف مع تحقيق الدعوى، كان أحرى ألا تحلف المرأة فيما لا يحقق عليها فيه الدعوى، وهذا الذي نحا إليه مالك والله أعلم.

مسألة

وسئل عن المرأة دعت زوجها إلى الفراق، وأن تدفع إليه ماله. فقال: اشهدوا إني آخذ منها مالي وأطلقها وأفارقها، فإن هي كانت حاملاً وطلبت مالها مني، فهي امرأتي. قال مالك: لا أرى الطلاق إلا وقد لزمه، ولا ينفعه هذا الشرط، فقيل له: فإنه لمّا أصبح من الغد، دفع إليها مالها وقد كانت دفعته إليه وقال: لا أفارقك ولا أطلقك، وأنت امرأتي قال مالك: قد لزمه الفراق، فإن أحب أن يرتجعها بنكاح جديد، يرد إليها ما أخذ منها،ويكون نكاحاً جديداً ولا ينفعه ما اشترط.

قال محمد بن رشد: يريد بقوله وأن تدفع إليه ماله، أي أن ترد إليه ما أمهرها به، وساق إليها في صداقها من ماله. وهذا إذا فعلاه يكون الفراق فيه طلقة بائنة، وإن كانا قد لفظا بلفظ الفراق، ما لم ينصا على الثلاث، لأن الخلع يغلب على حكم كنايات الطلاق التي تحمل على البتات، فلا تكون(٧) كما يغلب على حكم الطلقة الواحدة التي تكون رجعية، فلا تكون رجعية. وقوله: لا أرى الطلاق إلا وقد لزمه صحيح، وسواء في هذه المسألة قبض المال أو لم يقبض المال، لإشهاده على نفسه بقوله: اشهدوا إني آخذٌ منها مالي وأطلقها وأفارقها. ولو قال لها من غير أن يشهد على نفسه: ادفعي إلي مالي وأطلقك وأفارقك، فلما جاءته بالمال، قال لا أقبضه ولا أطلقك، لأني لم

(٧) بياض بالأصل.

أوجب ذلك على نفسي، وإنما قلت: إني أفعل ولست أفعل لجرى الأمر في ذلك على الثلاثة الأقوال التي مضت في التكلم على هذا المعنى في المسألة الثانية من أوّل السماع. ووقع في بعض الروايات: اشهدوا بأني آخذُ منها مالي، ولا أطلقها ولا أفارقها، والمعنى في الرواية بثبوت إلا في الموضعين كالمعنى في سقوطها منها، لأنها إذاثبتت تكون صلة في الكلام، بمعنى وأطلقها وأفارقها كما هي في قوله الله عزّ وجلّ: ﴿لِئَلَّا يَعْلَمَ أَهْلُ الْكِتَابِ أَلَّا يَقْدِرُونَ عَلَى شَيْءٍ﴾(٨)وقوله: ﴿وَحَرَامٌ عَلَى قَرْيَةٍ أَهْلَكْنَاهَا أَنَّهُمْ لَا يَرْجِعُونَ﴾(٩) وقوله: ﴿ما مَنَعَكَ أَلَّا تَسْجُدَ﴾(١٠) صلة بمعنى: ليعلم، وأنهم يرجعون، وما منعك أن تسجد و ما أشبه هذا كثير واشتراطه أنها إن كانت حاملاً أو طلبت مالها فهي امرأته لا ينفعه، كما قال، ولا يجوز أيضاً لأنه شرط حرام، إذ لا يجوز أن ترجع إليه بعد أنْ بانت منه بالخلع إلا بنكاح جديد. وولي وصداق، فإن ردّ إليها مالها على الشرط المذكور، ولم يعثر على ذلك حتّى دخل بها، فرق بينهما وكان لها ما ردّ إليها بالمسيس. وكان له أن يتزوجها بعد الاستبراء من الماء الفاسد بثلاث حيض. وقد قيل إنه لا يتزوجها أبداً إن كان أصابها في العدة، ويكون كالمتزوج في عدة، قاله في مختصر ابن عبد الحكم، وهو بعيد، فإن عثر على ذلك قبل الدخول، كان له أن يجدد عقد النكاح معها بولي، ويجعل المال الذي قد كانت خالعته على رده إليه صدافها، كان قد رده إليها بعد أن دفعته إليه أو لم يرده. والله أعلم.

ومن كتاب يسلف في المتاع والحيوان

وسئل مالك عن رجل قال لامرأته: انتقلي عني، فقالت: لا أنتقل عنك حتّى تبين لي أمري: قال: انتقلي، ثمّ إن شئت طلقتك

(٨) الحديد. ٢٩.
(٩) الأنبياء: ٩٥.
(١٠) الأعراف: ١٢.

عشرين، فانتقلت ولم تقض شيئاً، ثمّ نَدِمَا. قال: لا أرى عليه شيئاً في قوله.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة في ظاهر ألفاظها اضطراب لأن قوله فيها: ولم تقض شيئاً، يدل على أنه كان لها أن تقضي لو شاءت، ما لم يطل الأمر، أو ينقض المجلس، على الاختلاف في ذلك، وإن قوله ثم إن شئت طلقتك عشرين، يوجب لها عليه تمليك الطلاق، بمنزلة اللّو[11] قال لها: فإن شئت الطلاق، فأنت طالق عشرين. وقوله: لا أرى عليه شيئاً في قوله، يدل على أنه لا يلزمه به شيء، ولا يجب عليه لها به تمليك، والمسألة تتخرج عندي على الاختلاف في الذي يقول لامرأته: إن جئتني بكذا وكذا فارقتك، فيكون طلاقاً ثلاثاً إن شاءت الطلاق، على القول بأنه يلزمه طلاقها إن جاءت بذلك، ولا تكون طالقاً إن شاءت الطلاق على القول الثاني بعد يمينه أنه ما أراد إلزام الطلاق نفسه بمشيئتها. وقد مضى ذكر هذا الاختلاف في أوّل رسم من السماع وبالله التوفيق.

مَسْـألة

وسئل عن رجل وقع بينه وبين امرأته شَرٌّ، في إن استأذنته إلى بيت أهلها، فقال لها: أنت عليّ حرام، إن لم تبيتي معي في هذا البيت الليلة، قال: فوجدت المرأة حرّاً، فخرجت إلى دكان، غير باب البيت، فباتتْ عليه. وقال إنما كانت أصل يميني، أريد بذلك ألا تذهب تبيتُ عند أهلها. قال مالك: أرى أن يحلف بالله ما أردت بذلك ألا تخرج من البيت، وإنما أردت بذلك ألا تبيت عند أهلها، فإن حلف فلا شيء عليه.

قال محمد بن رشد: لم يراع البساط في هذه المسألة، إذ رآه حانثاً

(١١) كذا

بمقتضى لفظه، إلا أن تكون له نية، فحلف عليها، وذلك مثل ما في سماع سحنون من كتاب الأيمان بالطلاق، في **مسألة البالوعة**، والمشهور مراعاة البساط، فإن لم يكن للحالف نية حملت يمينه على بساطها، ولا تحمل على مقتضى اللفظ، إلا عند عدم البساط، على ما في رسم الطلاق الثاني من سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق، في مسألة النقيب. وقد قيل: إذا لم يكن لها بساط يحمل على ما يعرف من عرف الناس في كلامهم، ومقاصدهم بأيمانهم. والقولان قائمان من المدونة وقد مضى القول في هذا المعنى مجرداً في رسم جاع فباع من سماع عيسى من كتاب النذور وبالله التوفيق.

ومن كتاب كتب عليه رجل ذكر حق

وسئل مالك عن الرجل يقول لامرأته: أمرك بيدك، فتقول قد طلقت نفسي ثلاثاً، فيقول: لم أرد طلاقاً، ثمّ يقول بعد ذلك: إنما أردت واحدة، قال: يحلف على نيته وتلزمه تطليقة واحدة، ولا يلزمه غيرها. قال أصبغ: هذا عندنا وهم من السامع، ولا يقبل منه نية، بعد أن قال لم أرد شيئاً والقضا ما قضت المرأة من البتات.

قال محمد بن رشد: قول أصبغ فيما روى ابن القاسم، عن مالك من أن الزوج يحلف على ما ادعا من أنه أراد واحدة، وتكون واحدة بعد أن أنكر أن يكون إلا طلاقاً، أن ذلك وهم من السامع، ليس بصحيح، بل الرواية في ذلك ثابتة عن مالك. وقد وقع له في ذلك في رسم الطلاق من سماع أشهب، وفي رسم الكبش من سماع يحيى ومثله أيضاً في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق، فلا ينكر ثبوت القول، لأنه معروف جار على أصل قد اختلف فيه قول مالك، من ذلك الذي يدعي عليه الوديعة فيجحدها، فتقوم عليه البينة بها، فيدعي ضياعها أو ردَّها، والقولان قائمان من المدونة من كتاب اللعان، وكتاب العتق الأول، وقول أصبغ: إن القضاء ما قضت به المرأة من البتات، يأتي على أحد قولي مالك، ولو أقام على قوله إنه لم

يرد بذلك طلاقاً مثل أن يقول: إنما أردت أن أمرها بيدها في كذا وكذا، لشيء يذكره من غير معنى للطلاق، لوجب أن ينظر في ذلك، فإن تبين كذبه ببساط يدل على أنه أراد بذلك الطلاق، كان القضا ما قضت به المرأة من البتات، وإن تبين صدق قوله ببساط يشهد له، حلف ولم يلزمه طلاق، وإن أمكن ما يدعي من ذلك، ولم يتبين فيه صدقه من كذبه، حلف على ما ادعاه، وكانت واحدة، إذ لا يصدق في إبطاله، أقل ما يلزمه بالتملك الظاهر، وإنما له أن يسقط بيمينه ما زاد على ذلك، وقد مضى في أوّل رسم من سماع أشهب من كتاب طلاق السنة ما يؤيد هذا في مسألة الذي كتب إلى أبي زوجته أنه قد طلقها ليأتيها.

مسألة

وسئل مالك عن رجل بدوي قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت التمسوا لي شقتي. وكان لها في بيته شقة، فأخذتها ثمّ ذهبت إلى أهلها وارتحل عنها إلى سفر، ولم يقل لها شيئاً، وهو يريد بالذي قال لها أمرك بيدك الطلاق، وهي إنما أرادت بنقلتها الطلاق، ولم تقل شيئاً قال مالك: ما أرى هذا إلا فراقاً حين انتقلت، وذلك الذي تريد بانتقالها وتركه إياها، وهو إنما ملكها وهو يريد الطلاق، فلا أرى ذلك إلا فراقاً.

قال محمد بن رشد: الحكم في الذي يملك امرأته أمرها، فلا تجيب بشيء، وتفعل فعلاً يشبه الجواب، مثل أن تنتقل، أو تنقل متاعها أو تخمر رأسها وما أشبه ذلك أن تسأل عما أرادت به، فإن قالت لم أرد بذلك طلاقاً صدقت. قاله في سماع زونان. وإن قالت: أردت بذلك الطلاق، صدقت فيما أرادت منه. **قاله ابن القاسم في المجموعة**. واختلف إن قالت أردت بذلك الفراق، ولم تكن لي نية، ففي العشرة ليحيى عن ابن القاسم أنها ثلاث وهو ظاهر قول مالك في هذه الرواية، ما أرى ذلك إلا فراقاً، لأن الفراق إذا

أبهم في المدخول بها ثلاث. وقال محمد بن المواز: هي واحدة. واختلف أيضاً إذا سكت عنها ولم ينكر عليها فعلها حتّى افترقا من المجلس، وقال محمد: تُسأل أيضاً، فإن قالت أردت ثلاثاً، كان للزوج أن يناكرها بنية يدعيها وقت التمليك، ويحلف على ذلك. قال أصبغ: يمينين: يمين أنه لم يعلم أن ما فعلته يلزمه به البتة، ولا رضي بذلك، يمين: أنه نوى واحدة. وقال ابن المواز يجمع ذلك في يمين واحدة، وفي العشرة ليحيى عن ابن القاسم: إن انتقالها وسكوته على ذلك دون أن يسألها في المجلس عمّا تريد بانتقالها، يوجب عليه طلاق البتات، بكل حال، ولا يناكرها إن قالت: أردت الثلاث، ولاتصدق إن قالت أردت واحدة. وقول ابن القاسم هذا في العشرة صحيح. على قياس قوله فيها: إنها إذا أرادت بانتقالها الفراق، ولم تكن لها نية في عدد الطلاق، إنها ثلاث. وقول محمد: إنها تسأل أيضاً بعد الافتراق صحيح، على قياس قوله إنها إذا أرادت بانتقالها الفراق ولم يكن لها نية في عدد الطلاق، إنها واحدة. وأما قوله: إنه يحلف أنه لم يعلم أن ما فعلته يلزمه به البتة ولا رضي بذلك، فليس يلتام على أصله في أنها تسأل وإن لم تكن لها نيّة، فهي واحدة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن رجل قال لامرأته: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت، فقال: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت، فقال: أمرك بيدك، فقالت: قد قبلت فقال مالك: تُسأل فإن كانت أرادت الطلاق، فهو ثلاث تطليقات.

قال محمد بن رشد: أما إذا قال الزوج: لم تكن لي نية، فلا كلام في أنها ثلاث تطليقات، وأما إن قال لم أرد إلا واحدة، ففي كتاب محمد عن مالك، إنها ثلاث. قال محمد: والأحسن عندنا أن القول قول الزوج، ويحلف، وتكون واحدة، لأنه يقول: إنما أردت التكرار عليها، لتبين ما أرادت بقولها قد قبلت. وقاله لنا عبد المالك. قال محمد: ولو أنها أبانت، فقالت قد

طلقت ثم ثنًا فقالت قد طلقت، ثمّ ثلَّث فقالت: قد طلقت، لكان ذلك ماضياً. وقول محمد في قولها قد قبلت، يديِّن جيد. وأما قوله في قولها قد طلقت إن ذلك ماضياً(١٢) يريد الثلاث فإنما بناه على مذهبه في أن المملكة إذا قالت طلقت نفسي لا تُسأل، وتكون واحدة. وأما على مذهب ابن القاسم الذي يقول إنها تُسأل في طلقتُ نفسي، لاحتمال أن تريد به الثلاث، فقد يحتمل أن ينوَّى الزوج في أنه أراد التكرار عليها، لتبين ما أرادت بقولها: قد طلقت، فتكون واحدة على هذا التأويل. قال محمد في الذي يقول لامرأته: أمرك بيدك، أمرك بيدك أمرك بيدك فتقول: قد قبلت، لكل واحدة طلقة ويقول الزوج: ما أردت إلا واحدة، إنها واحدة. وقاله عبد المالك وهذا صحيح على قياس قول الرجل لامرأته: أنت طالق، أنت طالق، أنت طالق. وأراد واحدة، إنها واحدة. ولو لم تكن له نية لكانت ثلاثاً. فكذلك التمليك. وقد روي عن مالك فيمن ملك امرأته فقالت له: كم ملكتني؟ فقال: ملكتك مرّة، ومرّة ومرّة، ففارقته فقال مالك: ليس ذلك بثلاث، إذا حلف أنه ما ملكها إلا واحدة. قال أبو إسحاق: وفي هذه إشكال، لأنه أبان بقوله مرّة ومرّة ومرّة، أنه ثلاث مرار، فكان يجب أن يكون لكل تمليك طلقة، فتكون ثلاثاً، إلا أن يكون قصد إلى حكاية الألفاظ أنها منه ثلاث مرات، يريد بها تمليك واحد، فينوَّى في ذلك والله أعلم.

ومن كتاب الشريكين يكون لهما مال

وقال مالك: في المرأة يضرب لها زوجها أجلاً ثمّ يغيب عنها، إن جاء إلى سنة، وإلا فأمرها بيدها، فانقضت السنة ثمّ سُئلت فقالت: أنتظر شهراً أو شهرين، أو نحو ذلك، فإن جاء وإلا رأيت رأيي. قال مالك: أرى ذلك لها إذا كان على وجه النظر.

قال محمد بن رشد: قوله: ذلك لها إذا كان على وجه النظر، معناه

---

(١٢) كذا.

ذلك لها أن تفعله على وجه النظر لنفسها، لا أن ذلك على سبيل الشرط الذي الحكم فيه أن ينظر فيه، فإن كان حظاً وغبطة وسداداً جاز، وإلا لم يجز، ولا يمين عليها في هذه المسألة باتفاق، لأنها بينت أنها إنما أقامت متلومة له غير تاركة لحقها، وإنما يختلف في يمينها إذا أقامت ولم تقل شيئاً. وقد مضى القول على ذلك في رسم حلف.

مسألة

وقال مالك: في رجل قال لامرأته: أمر امرأتي بيدك، فقالت: قد فرقت بينكما بالبتة، قال مالك: أرى أن قد وقع عليها الطلاق. قال ابن القاسم: يريد إلا أن ينكر، مثل ما لو جعل ذلك بيد امرأته، فإن كانت له نية حين جعل أمرها في يد المرأة، فناكرها، أحلف كما كان يحلف في امرأته، وإن صمت لزمه ذلك، وإن لم تكن له نية حين جعل ذلك بيدها وتأخر حتّى تقضي لم ينفعه ذلك. وهو رأيي.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم مفسر لقول مالك، مثل ما في **المدونة** وغيرها لا إشكال في ذلك ولا اختلاف في المذهب، فلا وجه للقول فيه. وبالله التوفيق.

ومن كتاب البزّ

وسئل مالك: عن الرجل يغيب عن امرأته فتطول إقامته بالبلد، فيكتب إليها ليخيرها، أترى أن قد خرج من الماء؟ ثمّ قال نعم. وقد سأل عمر بن الخطاب حفصة، كم تصبر المرأة عن زوجها؟ فقالت: أربعة أشهر أو ستة أشهر.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن المرأة إنما تتزوج الرجل لتسكن به، وتأنس إليه به، وتستمتع منه قال عزّ وجلّ: ﴿ **وَجَعَلَ لَكُم مِن**

أنْفُسِكُم أزْواجاً لِتَسْكُنُوا إلَيْها ﴾[١٣] فليس للرجل أن يغيب عن امرأته المدة التي يضرُّ بها مغيبه عنها، وهي ما فوق الأربعة الأشهر والستة، التي أخبرت حفصة أن المرأة تصبر فيها عن زوجها. فإن فعل فهو آثم، إلا أن تأذن له في ذلك، فإذا خيرها فأذنت له في ذلك، فليس عليه أكثر من ذلك، لأنه حقها، فإذا أباحته له وحللته منه، لم يكن عليه فيه إثم. وقول حفصة هذا هو أصل ما يكتب في شروط الصدقات، من ألا يغيب عنها أكثر من ستة أشهر، إلا في أداء حجة الفريضة عن نفسه، فإن فعل فأمرها بيدها، ولا يفرق بينهما بمغيبه عنها هذه المدة حتى يطول ذلك، والسنتان والثلاث في ذلك ليس بطويل. قاله في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب طلاق السنة وقد مضى القول على هذا المعنى في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم منه. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الأمة يكون نصفها حراً، ونصفها مملوكاً، فيخطبها عبد فتابَا أن تتزوجه، فسألها سيدها، فطاوعته على تزويجها، ثمّ عتقها. أترى لها الخيار؟ قال: نعم، أرى ذلك لها. قال: فقلت له: ألم يكن لها أن تابا ولا يجبرها سيدها على نكاحها؟ قال: بلى. قلت: فكيف يكون لها الخيار. قال: حالها كحال الأمة، وإنما ذلك بمنزلة ما لو أن أمة ليس فيها عتق، طلبت إلى سيّدها أن يزوّجها عبداً ففعل،، فزوّجها، فله الخيار. قلت: إن هذه يخيرها سيدها، وإن الأخرى لم يكن سيّدها أن يخيرها. قال: بلى، ولكنها في حالها وحدودها. وكشف شعرها في مثل حال شأن الأمة، فلا أرى لها إلا ذلك، وأن يكون لها الخيار.

قال محمد بن رشد: ليس العلة عند مالك في تخيير الأمة إذا اعتقت

(١٣) الروم: ٢١.

تحت عبد ما كان لسيدها من جبرها على النّكاح، وإنما العلّة في ذلك عنده، كون زوجها ناقصاً عن مرتبتها ولذلك يقول إنه لا خيار لها إذا اعتقت وزوجها حرّ، فوجب على هذا إذا تزوّجت عبداً وبعضها حرّ برضاها أن يكون لها الخيار إذا أعتق ما بقي منها لنقصان مرتبة زوجها عن مرتبتها. ويأتي على قول أهل العراق، الذين يقولون: إن الأمة تخير إذا اعتقت، كان زوجها حرّاً أو عبداً، ويرون العلّة في تخييرها ما كان لسيدها قبل أن تعتق من جبرها على النكاح، إلا أن يكون لها خيار إذا اعتق ما بقي منها، كانت تحت حرّ أو عبد، إذ لم يكن لسيدها أن يجبرها على النكاح، من أجل أن بعضها حرّ، وهو بعيد.

ومن كتاب باع غلاماً بعشرين ديناراً

وسئل مالك عن رجل اطلع على امرأته بزنى هل له أن يضارّها حتّى تفتدى منه؟ قال: لا ينبغي له ذلك يضارها إن أحدثت أن يستحل مالها بذلك، يضارها حتّى تفتدى منه، ولا أرى ذلك يصلح له.

قال محمد بن رشد: لا يحل للرجل إذا كره المرأة أن يمسكها ويضيق عليها حتّى تفتدى منه، وإن أتت بفاحشة من زنى أو نشوز أو بداء، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وإن أردتُّم اسْتِبْدَالَ زَوْجٍ مَكَانَ زَوْجٍ** ﴾(١٤) إلى قوله: ﴿ **غليظاً** ﴾ هذا مذهب مالك وجميع أصحابه، لا اختلاف بينهم فيه. ومن أهل العلم من أباح للرجل إذا اطلع على زوجته بزنى أن يمسكها ويضيق عليها حتّى تفتدى منه، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَلاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إلاَّ أن يأتِينَ بِفَاحِشَةٍ مُبَيِّنَةٍ** ﴾(١٥) وتأول أن الفاحشة المبينة ها هنا: الزنى. وجعل الاستثناء متصلاً. ومنهم من تأول أن الفاحشة المبينة البغض

---

(١٤) النساء: ٢٠

(١٥) النساء: ١٩.

والنشوز، والبَذا باللسان، فأباح للزوج إذا أبغضته زوجته ونشزت عنه وبذت بلسانها عليه، أن يمسكها ويضيق عليها حتّى تفتدى منه، ومنهم من حمل الفاحشة على العموم، فأباح للزوّج ذلك، كانت الفاحشة التي أتت بها زِنىً أو نشوزاً أو بذاء باللسان، أو ما كانت، والصحيح ما ذهب إليه مالك ـ رحمه الله، لأنه إذا ضيق عليها حتّى تفتدى منه، فقد أخذ مالها بغير طيب نفس منها، ولم يبح الله ذلك إلا عن طيب نفس منها ﴿ فَإِنْ طِبْنَ لَكُمْ عَنْ شَيءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ، هَنِيئاً مَرِيئاً ﴾(١٦) والآية التي احتجوا بها، لا حجة لهم فيها لأن الفاحشة المبينة فيها من جهة النطق أن تبذو عليه وتشتم عرضه، وتخالف أمره، لأن كل فاحشة أتت في القرآن منعوتة بِمُبَيِّنَة فهي من جهة النطق، وكل فاحشة أتت فيه مطلقة، فهي الزّنا(١٧) والاستثناء المذكور فيها منفصل، فمعنى الآية «لكن إن نشزن عليكم وخالفن أمركم، حلّ لكم ما ذهبتم به من أموالهن» معناه إذا كان عن طيب أنفسهن، ولا يكون ذلك عن طيب أنفسهن إلا إذا لم يكن منهم إليهن ضرر ولا تضييق. فعلى هذا التأويل، تتفق آي القرآن ولا تتعارض وقد قيل في تأويل الآية غير هذا وهذا أحسن والله أعلم.

مسألة

وسئل مالك عن رجل عاتبته امرأته، فقال: برئت مني. قال: هذا بيّن أنه لا شيء عليه، وهذا من كلام الناس عند العتاب، ولا أرى فيه شيئاً فإن اتهم فإن أشده أن يحلف.

قال محمد بن رشد: هذا بيّن على ما قال، لأن برئت مني، من ألفاظ الطلاق التي تصلح أن تقال عند العتاب عتاباً، فإذا قال ذلك الرجل لامرأته في العتاب، لم يلزمه به طلاق إلا أن يريد الطلاق، فإن أتى مستفتياً لم يلزمه فيه طلاق ولا يمين، وإن خاصمته امرأته وأثبتت عليه أنه قال ذلك لها في

(١٦) النساء: ٤

(١٧) قف على هذه الكلية.

العتاب، استظهر عليه باليمين، لاحتمال أن يكون أراد بذلك الطلاق. وإن كان قاله في العتاب، لأنه من ألفاظ الطلاق، ولو قال ذلك لها في غير عتاب لبانت منه امرأته بثلاث. وهذا مثل ما في المدونة في الذي يقول لامرأته: لا نكاح بيني وبينك، ولا سبيل لي عليك، ولا ملك لي عليك، لأنه قال فيها إنه لا شيء عليه، إذا كان الكلام عتاباً، إلا أن يكون أراد بذلك الطلاق. وقال فيها في الذي يقول لامرأته ما أنت لي بامرأة، أو لست لي بامرأة، أو لم أتزوّجك، لأنه لا شيء عليه في ذلك، إلا أن يريد بذلك الطلاق. واختلف إذا أراد به الطلاق، ولم تكن له نيّة في عدده. فقيل تكون واحدة وقيل تكون ثلاثاً. وقد مضى ذلك في آخر سماع أبي زيد من كتاب طلاق السنة وستأتي منه مسألة في سماع أبي زيد والله أعلم.

مسألة

وقال مالك: فيمن قال لأهل امرأته، شأنكم بها. قال إن كان لم يدخل بها فإنه بين أنه ليست تكون عليه إلا واحدة، وإن كان قد دخل بها فإني أراها قد بانت منه، وهو عندي يشبه أن يقول: قد وهبتك لأهلك، أو قد رددتك إلى أهلك. قيل أرأيت إن قال إنما أردت بالتي دخلت بها بقولي شأنكم بها واحدة؟ قال: ليس هذا بقول،والذي أرى أنها قد بانت منه.

قال محمد بن رشد: قوله في شأنكم بها، وقد وهبتك لأهلك، ورددتك إلى أهلك، إنها في غير المدخول بها واحدة، والمدخول بها ثلاث، إلا أن ينوي واحدة، وكذلك الخليّة والبرية والبائن، ولا يُنوًّا خلاف ما في المدونة، وما في رسم يوصي، من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وخلاف المشهور من أنها في غير المدخول بها ثلاث، إلاَّ أن ينوي واحدة، وفي المدخول بها ثلاث ولا ينوى وقد قيل إنها في غير المدخول بها واحدة. وفي المدخول بها. إلا أن ينوي واحدة، وكذلك الخليّة والبرية، والبائن، يدخل

فيها كلها هذه الثلاثة أقوال، وظاهر قول غير ابن القاسم في العتق من المدونة. أن الموهوبة ثلاث قبل الدخول وبعده، ولا ينوى في ذلك، لأنه قال: إنه إذا وهبها فقد وهب ما كان يملك منها، وقد كان يملك منها جميع الطلاق. وقد قيل في شأنكم بها إنها واحدة قبل الدخول وبعده، وهو الذي وقع في الموطأ من قول القاسم بن محمد(١٨)، فرأى الناس ذلك تطليقة. وأما خليتك وخليت سبيلك، وسرّحتك وفارقتك، وما أشبه ذلك، فقيل إنها ثلاث في المدخول بها وفي التي لم يدخل بها إلا أن ينوي واحدة. وقيل إنها واحدة في التي لم يدخل بها وثلاث في التي قد دخل بها، إلا أن ينوي واحدة، والقياس أن ما كان من هذا كله قبل الدخول ثلاث، إلا أن ينوي واحدة، فهو بعد الدخول ثلاث، وإن زعم أنه نوَى واحدة، وما كان منها يكون قبل الدخول واحدة، إلا أن ينوي ثلاثاً، فيكون بعد الدخول ثلاثاً، إلا أن ينوي واحدة. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يطلق امرأته واحدة، ثم إنها أعطته عشرة دنانير، وهي في عدّتها على ألَّا رجعة له عليها، ففعل، قال: أراه خلعاً. قلت له افتراه تطليقة أخرى مع الأولى التي طلق؟ قال: نعم، أراها تطليقتين.

قال محمد بن رشد: أما إذا أعطته عشرة دنانير على ألا رجعة له عليها كما قال ها هنا، فهو خلع يقع عليها به تطليقة أخرى، واختلف إذا أعطته ذلك على ألا يرتجعها، فقال ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى: إن ذلك أيضاً خلع يقع به عليه تطليقة أخرى، ولم يفرق بين أن يكون قد قبض العشرة أو لم يقبضها، وقال أشهب في سماع زونان: إنه إن شاء

---

(١٨) ورد في الموطأ في (كتاب الطلاق) عن القاسم بن محمد، أن رجلاً كانت تحتَه وليدةٌ لِقومٍ، فقالَ لأهلها: شَأْنَكُم بها، فرأى الناسُ أنَّها تطليقةٌ واحدة.

راجعها، فإن راجعها ردّ عليها العشرة، أي تركها لها، ولم يأخذ منها، ويحتمل أن يُتأول قول ابن القاسم، على أنه قد قبض العشرة، فلا يكون ذلك اختلافاً من القول. وبالله التوفيق.

ومن كتاب سعد

قال مالك: إذا خالع الرجل امرأته على أن يعجل لها بعض دين لها عليه قبل محله، على أن تضع عنه ما بقي عليه من ذلك الدين، قال مالك: لا يجوز لأحد أن يعمل هذا، فإن جهل ذلك حتّى يقع الفراق عليه، جاز الطلاق، وجازت الوضيعة، ويرد المال إلى أجله الذي كان إليه، وكذلك روى عيسى عن ابن القاسم في كتاب الجلوس، قال ابن القاسم: إذا كان لامرأة على زوجها عشرون ديناراً إلى أجل؛ فقالت له: طلقني ولك العشرة، وعجل لي العشرة ففعل، إنه يمضي الطلاق عليها والوضيعة، وترد العشرة إلى أجلها.

قال محمد بن رشد: اعترض أبو إسحاق هذه المسألة، إذ لم يجعل ما حطت من دينها مفضوضاً على خلع مثله، وما يمكن أن يعطى للتعجيل، ووجه الرواية أنها إنما خالعها بما وضعت، وشرطها في خلعها تعجيل بقية حقها، فوجب أن ينفذ الخلع ويبطل الشرط، لأنه إذا وجب أن يبطل اشتراطها عليه ترك التزويج على ما مضى في أوّل رسم سعد الأول، لما فيه من تحريم ما أحَل الله، فأحرا أن يبطل هذا الشرط، لما فيه من تحليل ما حرّم الله. وفي كتاب محمد ابن المواز: ومن تزوّج بعشرة نقداً، وعشرين إلى أجل، فصالحته قبل البنا وقبل النقد على أن عجل لها العشرة النقد، وأسقطت العشرين، لم يجز ذلك، وأجاز الطلاق وترد إليه الخمسة، تأخذها منه إذا حلّ الأجل، وكذلك لو صالحته على أكثر من الخمسة، إلى ما دون الخمسة عشر، ترد ما زاد على الخمسة، فتأخذ ذلك عند الأجل،ولو صالحته على خمسة فأقل أو

على خمسة عشر فأكثر، لجاز ذلك، هذا معنى قوله دون لفظه، وهو على قياس هذه الرواية، لأن الفراق يوجب لها خمسة نقداً، وعشرة إلى أجل، فتلزمها الوضيعة، ويسقط عنها التعجيل، واعترضها أيضاً أبو إسحاق التونسي بما تقدم في اعتراضه للمسألة الأولى، ولو كان الدين للزوّج على المرأة فخالعته على أن عجلت له بعض دينه وأسقط عنها بقيته لمضى الطلاق، ورد إليها ما عجلت له واتبعها بجميع دينه، ولا اختلاف في هذا ولا اعتراض، لأن الوضيعة والبضع صارا ثمناً للتعجيل، فوجب أن تبطل الوضيعة إن كانت عوضاً للتعجيل، ولم تكن عوضاً للخلع.

ومن كتاب اغتسل على غير نيّة

وسئل عن المرأة تختلع من زوجها وهما في سفر ويشترطان في سفرهما خلعهما، إن مات الرجل قبل أن يبلغ بلده رد عليها فيموت الزوج قبل أن يبلغ بلده. قال مالك: خلعهما جائز، وما اشترطت من شرط من هذا النحو وما أشبهه فهو باطل، إذا كان الخلع قد ثبت بينهما.

قال محمد بن رشد: رأى الخلع جائزاً، والشرط باطل على أصله في مسألة رسم سعد الأوّل والذي قبل هذا. وقد مضى من التكلم في الرسمين ما فيه بيان هذه المسألة. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن أمة افتدت من زوجها بشيء من مالها، ففارقها، فأنكر ذلك سيدها، فقال: يثبت الفراق، ويرد المال إلى سيّدها.

قال محمّد بن رشد: هذا مثل ما في المدونة وهو مما لا اختلاف فيه أن الأمة لا تجوز مخالعتها إلا بإذن سيّدها. وإن كانت مأذوناً لها في التجارة، لأن الخلع ليس من التجارة التي أذن لها فيها، إذ لا يملك بها مالاً. وإنما يملك بها

تخليصها من الزوّج وراحتها منه، وكذلك المكاتبة وأمّ الولد. واختلف في المديانة، هل يجوز مخالعتها، دون إذن الغرماء أم لا؟ على قولين: أحدهما أن ذلك قياساً على النكاح، والثاني أن ذلك ليس لها، بخلاف النكاح، لأن النكاح ممّا تدعو إليه الضرورة كالطعام والشراب، فقد دخل الغرماء معها على ذلك، والخلع وإن كانت الضرورة قد تدعو المرأة إليه، فلم يدخل معها الغرماء على ذلك، إذ لا يقع إلا نادراً. والحمد لله وحده.

من سماع أشهب وابن نافع من مالك

من كتاب الطلاق الثاني

قال أشهب: سمعته كتب إلى ابن فروخ أيضاً. وسألت عن أمة كانت تحت عبد فقالت: إن عتقت وأنا تحت هذا العبد فأشهدكم أني اخترت نفسي أو قالت قد أخذت زوجي، فلا أرى ذلك لازماً. وذلك أنها تجري إلى طلاق يصيبها فيه، فتلد أولاداً إلى أجل يأتي إذا كان ذلك الأجل فارقته، ومن عينه أنه ليس أحد علمناه عمل به ممن مضى.

قال محمد بن رشد: علّل مالك ـ رحمه الله ـ أن ذلك لا يلزمها بوجهين: **أحدهما** أنها تحصل مطلقة إلى أجل قد يأتي وقد لا يأتي بغير اختيار زوجها ولا إرادته. وذلك مخالف للأصول. والثاني أن ذلك مخالف لعمل الماضين. ومن قول مالك: إن من شرط لزوجته ان تزوّج عليها وما أشبه ذلك فأمرها بيدها، فقالت: أشهدكم أنه إن تزوج علي فقد اخترت نفسي، أو قد اخترت زوجي، إنّ ذلك لازم لها، ففرق بين المسألتين. وهذه المسألة هي التي يُحكى أن ابن الماجشون، سأل مالك[١٩] عن الفرق فيها بين الحرّة والأمة فقال له: أتعرف دار قدامة؟ وكانت دار يلعب فيها بالحمام، مُعرّضاً له بقلة التحصيل فيما سأل عنه، وموبِّخاً له على ترك إعمال نظره في ذلك، حتّى

(١٩) كذا

لا يسأل إلاَّ سؤالاً مستقيماً في أمر مشكل، وهذا من نحو قوله لابن القاسم في شيء سأله عنه: أنت حتّى الساعة ها هنا تسأل عن مثل هذا. ولعمري إن مثل ابن الماجشون في فهمه وجلالة قدره، لَحَرِيٌّ أن يوبخ على مثل هذا السؤال، لأن مالكاً لم يفرق بين الحرّة والأمة كما قال، وإنما فرق بين خيار أوجبه الله بالشرع على لسان نبيّه للزوجات، إلا ما على أزواجهن العبيد، بشرط عتقهن بغير اختيار أزواجهن، وبين خيار شرطه الزوّج باختياره لزوجته، حرّة كانت أو أمة. والفرق بينهما، أن ما خير الله تعالى عباده فيه على شرط، وجعله شرعاً مشروعاً، فليس لأحد أن يسقط ما أوجبه الله له من الخيار في ذلك قبل أن يجب له بحصول الشرط، ويوجب على نفسه، أحد الأمرين: من الأخذ أو الترك، لأنه إذا فعل ذلك صار مبطلاً للشرع الذي شرعه لعباده في حقه، وذلك ما لا يجوز ولا يلزم من فعله، ألا ترى لو أن رجلاً غنياً قال: أشهدكم أني إن افتقرت فلا آخذ من الصدقات التي أباحها الله للفقراء شيئاً، وإن افتقرت فأنا آخذ منها ما أوجبه الله لي من الحق فيها، ثمّ افتقر، لم يحرم عليه الأخذ إن أراد أن يأخذ، ولا لزمه الأخذ إن أراد ألا يأخذ، وكان مخيراً بين الأخذ والترك على حكم الله تبارك وتعالى في الشرع، وما أوجبه الله للزّوج لزوجته على نفسه من الخيار في نفسها بشرط، بخلاف ذلك، يجب إذا اختارت نفسها أو زوجها قبل حصول الشرط، بشرط حصوله إن لم يلزمها ذلك، لأنها إن اختارت زوجها فهو حق لها تركته، إذ لا يلزمها قبول ما أعطاها زوجها، وإن اختارت نفسها جاز ذلك عليها وعلى زوجها، ولم يكن لواحد منهما في ذلك رجوع، لأنه طلاق وقع على صفة يلزم بحصولها إذ لا فرق أن يقول الرجل لامرأته: أنت طالق إن كان كذا وكذا، أو تقول هي إذا ملكها الطلاق بشرط: أنا طالق إن كان كذا وكذا لذلك الشرط، وهو أبين والحمد لله. وبه التوفيق.

ومن كتاب الطلاق

وسئل عن رجل يقول لامرأته: قد وليتك أمرك إن شاء الله،

فتقول هي: قد فارقتك إن شاء الله. فقال: فقد فارقها في رأيي. فقال له يا أبا عبد الله: لأن تُقطع يدي من جسدي أَحَبُّ إليّ من أن أفارقها، وما أردت بذلك طلاقاً. وما كان الذي كان مني ومنها إلا لعباً لا نريد به طلاقاً، فقال: إن كان الله يعلم أنك لم ترد بقولك ذلك طلاقاً، وأنه كان منك على وجه اللعب لا تريد به طلاقاً، فلا أرى عليك شيئاً. وإن كنت إنما أردت به طلاقاً، وإن كنت لاعباً، فهو الطلاق. ثمّ قال له: أتقول امرأتك مثل مقالتك أنها لم ترد طلاقاً؟ قال: نعم. وقد أقمنا بعد هذه المقالة، أربعة أشهر أصيبها، لا نرى أن الذي وقعنا فيه شيئاً. فقال: قال لها: أمرك بيدك إن شاء الله، لا يريد بذلك طلاقاً على وجه اللعب والمداعبة، فقالت: قد فارقتك إن شاء الله لاعبين لا يريدان بذلك طلاقاً، لا أرى عليك شيئاً إلا يمينك بالله الذي لا إله إلا هو، ما أردت بذلك طلاقاً، وما كنت إلا لاعباً، فلمّا رجع من الغد رجع إليه الأعرابي فقال: ما أرى عليك شيئاً إلا أن تحلف بالله ما أردت بذلك طلاقاً.

قال محمد بن رشد: قال مالك في هذه المسألة أولاً فارقها في رأيي لأنه إفصاح منه بالتمليك، وإفصاح منها بالفراق، لا تأثير للاستثناء بمشيئة الله في ذلك لواحدٍ منهما، كما لا تأثير للاستثناء بمشيئته تعالى في مجرد الطلاق، فلما أخبره أنهما لم يريدا بذلك الطلاق، وأنه إنما كان ذلك منها على وجه اللعب، سأله هل تقر له امرأته بذلك فيديَّن، أو لا تقر له بذلك وتدعي الطلاق بما ظهر من قوله وقولها فلا يصدق؟ فلما أخبره أنها تقول مثل مقالته، قال له: لا أرى عليك شيئاً وذلك صحيح على أصولهم فيمن ادعا نية مخالفة لظاهر قوله، وأتى مستفتياً، أنه يُنوَّى فيما ادعاه، ولا يمين عليه. وقوله في آخر المسألة لا أرى عليك إلا اليمين: معناه إن طالبه أحد باليمين، وقوله: إن كنت أردت بذلك طلاقاً، وإن كنت لاعباً فهو الطلاق، صحيح على قولهم في أن الطلاق

هَزْلُه[٢٠] جِدّ. من ذلك ما وقع في أثر المدونة وغيرها. **وقول أصبغ في نوازله** من كتاب الأَيْمان بالطلاق والله الموفق.

مسألة

قال: وسألته عن الرّجل المسلم يزوّج عبده النصراني، أمته النصرانيّة ثمّ يعتقها، أترى لها خياراً؟ قال: نعم، لها الخيار ملكها بيد مسلم.

قال محمد بن رشد: وهذا كله كما قال، لأنهما وإن كانا نصرانيين فسيّدهما مسلم، وله حق في اختيارها نفسها، لأنه يصل بذلك إلى وطء الأمة، ويتفرغ العبد لمنافعه. وقد مضى هذا في أوّل سماع عيسى من كتاب طلاق السنّة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن من قال لامرأته حرُمت عليّ إن لم تقومي عنّي فلا ترجعي إليّ، إلا أن أشاء، فقامت، ثمّ قالت له: أرجع، أرجع، فقال لا. ثم قالت له أرجع فقال: لا ثمّ قالت له ارجع فقال: ما شئت تعاليْ إن شئت. ولا يشاء ذلك بقلبه أترى عليه شيئاً؟ فقال: ما أرى عليه في هذا شيئاً. فقيل له: إنها لم تأته، لمّا أرادت أن تأتيه خاف من ذلك، لأنه لم يشأ بقلبه أن تأتيه، فقال لها: لا تأتي، ثمّ إنه خرج، ثمّ جاء، وقد اشتهى أن تأتيه، وأحبّ ذلك، وشاءه بقلبه، فجاءته قبل أن يأمرها أن تأتيه، فجاءته ولم يأمرها، فقال: إني لأخاف أن يكون عليك من يمينك شيء. أرأيت هي أكانت تعلم الغيب؟ كيف تعلم ما في قلبك أنك اشتهيت أن تأتيك، وشئته، إنما

(٢٠) روى مالك في الموطأ [جامع النكاح] عن سعيد بن المسيَّب أنه قال: ثلاث ليس فيهن لعب: النكاحُ، والطلاقُ، والعتقُ.

ذلك إذا دعوتها. وإنما يستدل على أنك قد شئت أن تأتيك إذا دعوتها تأتيك، لأنك قد شئت بقلبك أن تأتيك، ليس يطلق الرّجل بقلبه، ولا ينكح الرجل بقلبه. وإنما الدليل على مشيئتك إذا قلت ذلك لها. أرأيت لو أنها أوّلاً قالت له: آتيك فقال لها: لا، وهو إن يشأ أن تأتيه بقلبه، فجاء، فجاءته ولم تنظر إلى قوله، أكان ذلك يخرجه من يمينه؟ لا ما ينفعه ذلك، ولا يطلق الرجل بقلبه، ولا يستدل على مشيئته إلا بإذنه أن يدعوها، فإذا دعاها فلا شيء عليه، وإن كان لا يشاء أن تأتيه. قال مالك للذي قال لامرأته: أنت عليّ حرام إن لم تقومي، فلا ترجعي إليّ حتّى أشاء ذلك، فقامت ثمّ استأذنته غير مرّة أن ترجع، فيقول لا ثمّ قال تعاليْ إن شئت وهو لا يشاء بقلبه، أو تأتيه، فقال لها بعد أن قامت، مكانك لا تأتي، ثمّ خرج ودخل، ثمّ شاء أن تأتيه بقلبه، ثمّ جاءته قبل أن يدعوها وقبل أن يأذن لها، فقال له: مِن أين علمت حين دخلت أنك قد شئت بقلبك أن تأتيك؟ أرى إن كنت نويت حتّى تشاء ذلك بقلبك، تنوي مشيئتك، لا ينوي لسانك في شيء من ذلك أن ليس شيء، وإنه ليأخذ بقلبي في قولك لها أولاً تعالي إن شئت، ثمّ قلت لها لا تأتي إنه ليأخذ بقلبي إنه إذن وما أدري.

قال محمّد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن يمين الحالف على امرأته لا ترجع إلا أن يشاء، محمولة على أنه أراد ألا ترجع إلا أن يأذن لها في الرجوع، إذ لا يستدل على ما في قلبه إلا بقوله، فإذا أذن لها في الرّجوع فرجعت، وإن كان لا يشاء رجوعها بقلبه، وإذا رجعت بغير أن يأذن لها فهو حانث، وإن كان قد شاء رجوعها بقلبه إلا أن ينوي في ذلك كله مشيئته بقلبه، دون الإذن لها بلسانه فتكون له نيته، ولا يحنث إن جاءته دون أن يأذن لها إذا كان قد شاء ذلك بقلبه، ويحنث إن جاءت وقد أذن لها إذا كان لا يشاء ذلك بقلبه. هذا معنى ما ذهب إليه في الرّواية، وتوقف إذا أذن لها ثمّ رجع

عن الإذن قبل أن تأتي، فقال لها: لا تأتي، فأتت على الإذن المتقدم، فقال أولاً: إنه يحنث وأن رجوعه عنه يسقطه، ثمّ قال إنه ليأخذ بقلبي أنه اذن يريد أنه إذْنٌ لا يسقطه رجوعه عنه. **وجه القول الأوّل**، مراعاة المعنى دون اللفظ، لأن المعنى في يمين الحالف بمثل هذا على زوجته ألا تعصي قوله، وتخالف أمره. **ووجه القول الثاني**، مراعاة اللفظ دون المعنى، لأنه إذا حلف عليها ألا ترجع حتّى يأذن لها فأذن لها أن تأتيه، ثمّ نهاها عن الإتيان، كان لها أن تأتيه ولا يحنث، لأنه ما أتته إلا بعد أن أذن لها. وقوله: ليس يطلق الرجل بقلبه، ولا ينكح الرّجل بقلبه، ظاهره خلاف ما في سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق، فيمن أجمع في نفسه على طلاق امرأته، حتّى يكون قد طلقها بقلبه ولم ينطق بذلك لسانه، إنها طالق، وعلى ذلك كان الشيوخ يحملونه. والصواب أن ذلك ليس بخلاف له، وأن معنى قوله ليس يطلق الرجل بقلبه، ولا ينكح الرجل بقلبه، أي ليس من شأن الناس وعادتهم أن يفعلوا ذلك، إذ لا تأثير له في الحكم الظاهر، وهو مثل قوله في مسألة سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق، وما هذا بوجه الطلاق، لأن الصحيح أن من أجمع على الطلاق بقلبه في نفسه، على أنه قد طلق امرأته، وقال في قلبه إنها طالق، فهي طالق، فيما بينه وبين الله في الباطن، وإن أبدا ذلك لها بكلامه، أو بكتابة، أو بإشارة يفهم بها ما في نفسه، حكمنا عليه بذلك، لأن الكلام والكتاب إنما هو عبارة عمّا في النفس من ذلك والحمد لله.

مسألة

وسئل عمّن قال لامرأته وهو يلاعبها: أمرك بيدك، فقالت قد تركتك، أو ودعتك، فقال الرّجل لم أرد طلاقاً، وما قلت ذلك إلا لاعباً، وقالت المرأة مثل ذلك، فقال أرى أن يحلف ما أراد إلا واحدة، وتكون عنده على ما بقي من الطلاق في مسألتهم شبهة، وما هي بالنيّة. قيل له أفترى على الرجل حرجاً أن يحلف أنه أراد واحدة. والله يعلم أنه لم يرد شيئاً؟ فقال: لا بد له من هذا، فكيف

يصنع؟ فيحلف ما أراد بقوله الطلاق وتكون واحدة.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن البينة قامت على ذلك فلم يصدق الرجل على ما ادعاه من أنه لم يرد بذلك الطلاق، وإن قالت امرأته مثل مقالته، ويقال له طلاق البتات لك لازم بقول امرأتك بعد أن كلمتها، ملكتها، قد تركتك، أو قد ودعتك، لأن هذا القول منها محمول على الثلاث، إلا أن تحلف ما أردت واحدة، وما أردت الطلاق، لا بد لك من اليمين على أحد هذين الوجهين. هذا معنى قوله في هذه الرواية ولا يسوغ له فيما بينه وبين الله أن يحلف أنه ما أراد إلا واحدة إن كان لم يرد الطلاق، ولكنه يمكن من ذلك، ويحمل منه ما يُحمل. وهذا على القول بأن النية تقبل منهُ بعد أن أنكر أن يكون أراد الطلاق. وأما على القول بأن النية لا تقبل منه، وهو أحد قولي مالك، واختيار أصبغ، على ما مضى له في رسم كتب عليه ذكر حق، من سماع ابن القاسم. فإن أقام على قوله إنه لم يرد الطلاق، حلف على ذلك، وكانت واحدة، وإن رجع وقال: بل أردت واحدة، لم يمكن من اليمين، وكانت ثلاثاً على ما دل عليه ما قضت به وقد مضى في رسم كتب عليه من سماع ابن القاسم في هذا المعنى زيادة وتفسير مما قلناه ها هنا. ولو أتى مستفتياً ولم تقم على أمرهما بينة لصُدق أنه لم يرد بذلك الطلاق، ولم يكن عليه شيء على ما مضى في أوّل السماع. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمن خالع امرأته بشيء أعطته إياه، وشرط عليها أنك إن طلبت الذي أعطيتني فأنت امرأتي، فأقامت شهراً، ثمّ طلبت ذلك، فدفعه إليها وردّها إليه، ثمّ دخل بها وأصابها، فقال: ليس له أن يردّها إليه إن طلبت ذلك. وقد أتيا عظيماً إن ردّها إليه بغير نكاح جديد، ما رأى أن يفرق بينهما، ولها ما ردّ عليها مما كان خالعها عليه إن كان قد أصابها، ولو لم يكن أصابها لم يكن ذلك لها. قيل

أرأيت ذلك كله لها إذا أصابها؟. فقال نعم، كان ذلك أقل من صداق مثلها أو أكثر، قد يتزوج الرجل المرأة فيدخل بها ثمّ يعلم أن بينهما رضاع[٢١] فيكون ذلك كله لها: دينه ونقده، كان أقل من مهرها أو أكثر.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه شرط حرام، فيبطل وينفذ الخلع، ولا يجوز له أن يراجعها إلا بنكاح جديد، فإن ردّها إليه على الشرط المذكور، كان الحكم في ذلك على ما ذكر. وقد مضى بيانه في رسم سنّ من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن امرأة قالت لزوج ابنتها: إنك مع ابنتي لعلى الحرام، فقال: لا، فقالت: بلى، فلما أكثرت عليه قال: إن كان ما تقولين حقاً وأنا مع ابنتك على الحرام، وتمّ ذلك، فشدي بها يديك، ثمّ لا تزوجيها إلى الخليفة، ثمّ قال: لم أرد طلاقاً، فقال مالك: يقول لها: إن كان ما تقولين حقاً، فشدي يديك، ثمّ لا تزوّجيها إلا الخليفة، فأرى أن يسأل عن نيّته فإن سلك هذه الناحية، أحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما أراد طلاقاً ولا أراد إلا إن كان ما تقولين حقاً، وثبت علي ذلك، ثم تكون امرأته أنه رأى أن يحلف ما أراد طلاقاً ولا أراد إلا إن كان ما ذكرت حقاً، فشدي يديك بابنتك ثمّ زوّجيها الأمير، فإن أبى أن يحلف رأيت أن يطلق عليه البتة.

قال محمد بن رشد: وهذا بيّن على ما قال، لأن النيّة التي ادّعا محتملة، فوجب أن يصدق فيها مع يمينه، فإن لم يحلف طلقت عليه ثلاثاً

(٢١) كذا.

بمقتضى اللفظ إذا عري من النية، لأن قوله: شُدي بها يديك، ولا تزوّجيها إلا الخليفة، بمنزلة قوله قد رددتها إليك، أو قد وهبتها إليك فزوّجيها الخليفة.

مسألة

قال أشهب: وسمعت مالكاً يُسأل عن رجل قال لامرأته بحضرة شهود: هل لك عندي شيء؟ فقالت: لا، ليس لي عندك شيء، ولا لك عندي شيء، فقال لهم فاشهدوا أنها قد برئت منّي، وبرئت منها، فافترقا عند ذلك، ثمّ طلبت المرأة شيئاً كان لها عنده، فقالت: أمّا الطلاق فقد طلقتني، وأمّا الذي لي عليك، هو عليك بعد، ألم تعطه؟ فقال: أليس إنما أراد أوجه المبارأة إن كانا أرادا ذلك، فأراه جائزاً ولا أرى لها شيئاً، قيل: أمّا الرجل، فإنما أراد ذلك، وأما هي فتقول: لم أرده، فقال: لا أدري إن كان أراد أوجه المباراة، فذلك جائز، قيل: إنها تقول لم أرد ذلك، ويقول الرجل ذلك الذي أردت، فقال: لا أدري ما تقولان ولكن يسأل عن ذلك الشهود الذين حضروا فإن قالوا الذي ترى أنهما يُريدان المباراة، فذلك جائز، ولا شيء لها عليه. قيل له: انما يشهدون على هذه المقالة، أنه دعاها بحضرتهم، فقال لها: هل لك عليّ شيء؟ فقالت: ما لي عندك شيء، ولا لك عندي شيء، فقال لهم: اشهدوا أني قد برئت منها، وبرئت مني. فقال إن شهدوا لك بمثل هذا لم أرى[٢٢] عليك شيئاً.

قال محمد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن المرأة طلبت من زوجها متاعاً كان لها عنده بعد أن جرى بينها ما ذكره، والزوج مقر لها به، إلا أنه يدعي أنه صار إليه بالمباراة، ولو جحد أن يكون لها عنده ذلك المتاع الذي

(٢٢) كذا.

طلبته منه لصُدق في ذلك دون يمين، لقولها: ليس لي عليك شيء، فلما كان الزوج مقراً لها بالمتاع، لم ينتقل ملكها عنه إلى الزوج بقولها ليس لي عندك شيء، لأنه في ظاهره إخبار بكذب، إلا أن يتبيّن أنها أرادت أنها قد تركته له على وجه المباراة، فلذلك قالت ليس لي عندك شيء، فلهذا قال مالك يسأل الشهود الذين حضروا، فإن قالوا الذي كنّا نرى أنهما أرادا المباراة، جاز ذلك عليها، ولم يكن لها شيء، وإن قالوا الذي كنّا نرى أنهما، لم يريدا وجه المباراة، أخذت متاعها ولزم الزوّج الطلاق. ورأى الأمر على ما وقع محمولاً على المباراة إذا لم يتبين للشهود ما أراده، وذلك بين من قوله في آخرالمسألة: إن الشهود إذا لم يشهدوا إلا على مقالتهما فلا شيء على الزوّج، صحيح في المعنى أيضاً، لأن سكوتها على قوله للشهود: اشهدوا أنها قد برئت مني وبرئت منها، دليل على إقرارها بإرادة المباراة، وفي إعمال شهادة الشهود بما يظهر إليهم من قصد المشهود عليه وإرادته اختلاف أجازها هنا وفي سماع أصبغ من كتاب التدبير. وزاد أصبغ إن للشاهد أن يبث الشهادة بذلك، ولم يعملها في رسم الكبش من سماع يحيى من كتاب الأيمان بالطلاق.

مسألة

وسئل عمّن صالح امرأته بعد فطام ولده منها، على أنّ عليها كفل ولده منها ثلاث سنين، لا تتزوّج، فقال: أليس قد كانت ترى أن هذا الشرط لا يجوز؟ وأنه ليس من شروط الناس، وثلاث سنين عشرة. أرأيت إن قال لها لا تتزوّج خمسين سنة؟ يشترط تحريم ما أحلّ الله. قيل له أرأيت إن اشترط عليها ألا تنكح حتّى تفطم ولدها؟ فقال: يشترط عليها تحريم ما أحلّ الله لها، قيل له: أفترى لها أن تنكح؟ فقال: لا أدري. قال الله عزّ وجلّ: ﴿لَا تُحَرِّمُوا طَيِّبَاتِ مَا أَحَلَّ اللهُ لَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا﴾[٢٢] يصالحها هذا على تحريم

(٢٢) المائدة: ٨٧

ما أحلّ الله. قال ابن نافع: وكان مالك لا يرى بأساً أن تنكح وإن اشترط كفله عليها، وأما أنا فلا أرى أن تنكح في الحولين، إذا اشترط ذلك عليها.

قال محمّد بن رشد: قد قال مالك في كتاب ابن الموّاز: إن ذلك يلزمها ولا تنكح حتّى تفطم ولدها مثل قول ابن نافع. ويأتي على معنى ما في **المدونة** من أنّ المرأة إذا آجَرتْ نفسها ظِئـراً، فليس لها أن تتزوّج، إنه ليس للمصالحة على رضاع ولدها أن تتزوّج في الحولين، وإن لم يشترط ذلك عليها. وما في رسم الرهون من سماع عيسى من هذا الكتاب، أنه ينظر في ذلك، فإن كان لا يضر بالصبي، لم يحل بينها وبين التزويج قولٌ رابع في المسألة. وإنماوقع الاختلاف في هذا لما يتقى من ضرر ذلك بالصبي، وما كانت العرب تعتقد من ذلك، حتّى همّ النبي عليه السلام أن ينها عن ذلك فقال: **«لَقَدْ هَمَمْتُ أنْ أنْهى عَنِ الْغِيلَةِ حَتَّى ذَكَرْتُ أنَّ الرومَ وَفَارِسَ يَصْنَعُونَ ذَلِكَ فَلاَ يَضُر أوْلاَدَهُم شَيْءٌ»**[٢٣] وأما اشتراطه عليها ترك النكاح بعد مرّ الحولين قريبة أو بعيدة، فلا اختلاف في أن ذلك لا يلزمها كما لا يلزم الزّوج اشتراط ذلك عليه.

مسألة

وسئل عمّن دعته امرأته إلى الخلع فقال: آخذ منك هذا الخلخال على أن أخالعك على ذلك إن لم تكوني حاملاً. فقد خالعتك، فآخذ الخلخال وأخالعك، وإن كنت حاملاً فأنت امرأتي، ثمّ افترقا على ذلك، فقال مالك: قد بانت منه، ووقع الخلع، كانت حاملاً أو غير حامل.

(٢٣) رواه مالك في الموطأ في [جامع ما جاء في الرضاع] عن جذامة بنت وهب مع حذف كلمة [شيء] كما رواه مسلم وأحمد في مسنده وأبو داوود والترمذي والنسائي وابن ماجه.

قال محمد بن رشد: أمّا إذا خالعها واشترط أنها إن كانت حاملاً فهي امرأته، فلا إشكال ولا اختلاف، في أنّ الخلع واقع، والشرط باطل، لأنه شرط رجوعها إلى عصمته بعد أن بانت منه بغير ولي ولا صداق، وذلك ما لا يحل ولا يجوز. وقد مضى هذا المعنى في رسم سنّ من سماع ابن القاسم. وأما إذا قال لها قد خالعتك بكذا وكذا إن لم تكوني حاملاً، فيلزمه الخلع، كانت حاملاً أو غير حامل، على مذهب ابن القاسم، من رواية مالك في المدونة وغيرها في الذي يقول لامرأته: أنت طالق إن لم تكوني حاملاً إنها طالق مكانها، ولا يستأنى بها حتّى ينظر، أبها حمل أم ليس بها حمل؟ ويأتي على مذهب سحنون الذي يرى أن ينتظر بها في الطلاق حتّى يعرف إن كان بها حمل أم لا، أن ينتظر بها في الخلع أيضاً. وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمّن صالح امرأته على أنها إن كان بها حمل فلا نفقة عليه، ولا قليل ولا كثير قال: فلو كان لها شيء رأيت النفقة، فإن لم يكن لها ما تنفق، فأرى عليه النفقة، ولا أرى أن يدع ولده حتّى يموت، لقوله عزّ وجلّ: ﴿ وإنْ كُنَّ أُولاَتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنّ حتّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ ﴾(٢٤) فأراد، إذا لم يكن عندها شيء أن ينفق، فإن أيسرت بعد ذلك رأيت أن يتبعها بما أنفق فيأخذه منها.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم البرّ من سماع ابن القاسم، من كتاب طلاق السنة، فأغنى ذلك عن إعادته هنا وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الذي يخالع امرأته فتحيض حيضة، ثمّ ينكحها

(٢٤) الطلاق: ٦

فتحيض بعد نكاحه إياها حيضتين، ثمّ يطلقها ولم يمسّها فقال: إن كان دخل بها فإنه متهم عليها، فإن لم يكن دخل عليها فلا عدّة عليها وقد خلت.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال إنه إذا دخل بها فلا بدّ من استيناف العدّة من يوم طلقها مسّ أو لم يمسّ، فإن تصادقا على أنهما لم يمسّا لأنهما يتهمان على طرح العدة التي قد وجبت بظاهر الدخول، هذا منصوص في المدونة وغيرها. وأما إذا طلقها بعد أن نكحها وقبل أن يدخل بها، فإنها تبنى على عدّتها الأولى، إذ لا عدّة لهذا الطلاق الثاني، فإن كان تزوجها بعد حيضة من يوم خالعها ثمّ طلقها بعد أن حاضت حيضتين، فلا عدّة عليها. وقد حلّت كما قال. وقد مضى القول في هذه المسألة مستوفى في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

وسئل عمّن طلق امرأته طلقة وهي حامل، فأقام أشهراً ثمّ باراها على أن عليها رضاع ولدها، فطالبته بنفقتها لما مضى من الشهور قبل المباراة، فقال: طلقها، فأقامت نصف الحمل، لم تأخذ منه نفقة، ثمّ باراها بأن تكفيه نفقة ولدها فطلبت نفقتها لما مضى من الشهور قبل المباراة، فذلك لها. قيل أرأيت إن قالت له: إنما باريتك على رضاعه، فأما نفقة حملٍ، فلا؟ فقال: أما نفقة حملها لما مضى قبل المباراة، فذلك لها، وأمّا بعد مباراتها فإنه يعرف أنه لم يكن يمنعها الرضاع، ويعطيها هذا.

قال محمد بن رشد: أمّا ما مضى من نفقة حملها قبل المباراة فبين، أن ذلك لها كما قال، لأنها قد وجبت لها عليه، فلا تسقط عنه إلا بما تسقط به الحقوق الواجبة عمّن وجب عليه. وأما نفقة ما بقي من الحمل بعد المباراة، فجعلها تبعاً لما التزمت لك من رضاعه بما دلّ على ذلك من العرف والمقصد،

فإن وقع الأمر مسكوتاً عليه فلا شيء لها، وإن اختلفا في ذلك فالقول قول الزوج مع يمينه. وهذا من نحو قولهم فيمن أكرا داراً مشاهرة أو مساناة إن دفع كراء شهر أو سنة براءة للدافع ممّا قبل ذلك، وكذلك لو طلقها وهي حامل ولم يخالعها فدفع إليها نفقة الرّضاع، لكان ذلك براءة له من نفقة الحمل المتقدمة. وبالله تعالى التوفيق لا شريك له.

منْ سماع عيسى بن دينار من ابن القاسم

من كتاب نقدها نقْدَها

قال عيسى: قال ابن القاسم: في رجل جعل امرأته بيد أبيها إن غاب عنها سنة، فغاب عنها سنة، فلمّا انقضت السنة، أراد الأب أن يفرق بينهما، وقالت المرأة لا أريد ذلك، وأنا أرضى أن أقيم مع زوجي، وأصبر عليه، إن ذلك لها، وإن الإمام يجبر الأب على ألا يفرق بينهما ويمنعه من ذلك، وكذلك قال مالك. قال ابن القاسم في سماع يحيى: فإن طلق قبل أن يمنعه السلطان مضى الطلاق، وإن طلق بعدما منعه السلطان فلا يجوز.

قال محمد بن رشد: قول ابن القاسم في سماع يحيى، تفسير لقوله في رواية عيسى عنه. وقد مضى القول على هذه المسألة مستوفاً في رسم استأذن سيده من سماع عيسى من كتاب النكاح. فمن أحب الوقوف عليه تأمله هناك. وفي أوّل سماع أبي زيد مسألة من هذا المعنى فنتكلم عليها عند انتهائنا إليها إن شاء الله.

مسألة

وسئل عن المرأة تشتري من زوجها عصمته عليها، قال: أراه ثلاثاً لا تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره، وإن لم يسم طلاقاً، فإذا انقطعت العصمة فلا يبالي، ألاّ يسمى طلاقاً، وجعل يحتج ويقول:

لو قالت قد اشتريت منك عصمتك عليّ أو اشتريت طلاقك عليّ، أو اشتريت ملكك عليّ، كأنه يراه شيئاً واحداً ثلاثاً قال: ليس هذه فدية من اشترت كلما يملك منها قال عيسى: ما أراها إلا فدية وأراها طلقة واحدة بائنة، كالصلح والخلع.

قال محمد بن رشد: قد بين ابن القاسم وجه قوله، وظاهره أنها ثلاث في المدخول بها والتي لم يدخل بها، ولا ينوى في ذلك وقول عيسى أبين، لأن المرأة إذا بانت عن زوجها بطلقة بائنة، فقد خرجت من عصمته وملكه، فلا عصمة له فيها، ولا ملك له عليها، ولا طلقة له فيها. وقد قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **ولا تُمْسِكُوا بعِصَم الْكَوافِرِ** ﴾(٢٥) فلم يجب إلى ذلك أحد من العلماء علمته إذا ارتدت المرأة أن تبين من زوجها بثلاث تطليقات ولمّا كانت المرأة تنال بالواحدة البائنة من ملكها نفسها، ما تنال بالثلاث، لم يجب أن يحمل فعلها على الثلاث، إذ لا منفعة لها في ذلك، بل قد يكون عليها فيه ضرر. وعلى هذا قالوا فيمن أعطته زوجته مالاً على أن يطلقها ثلاثاً فطلقها واحدة، إنه لا كلام لها في ذلك، ولأصْبغ في رسم النذور، من سماعه من كتاب الأَيْمان بالطلاق، إنه يُنوا فإن لم تكن له نية فهي ثلاث، وهو قول ثالث في المسألة وبالله التوفيق.

ومن كتاب استأذن سيّده

وقال إذا صالح الرجل امرأته وهي حامل، ثمّ أراد أن يتزوجها فإنه يجوز له أن يتزوجها قبل أن تضع، إلا أن تكون مثقلاً، فإذا أثقلت لم يجز لزوجها ولا لغيره أن يتزوجها حتّى تضع، لأنه مرض، والمرأة لا تتزوج وهي مريضة. وقال: إذا أثقلت المرأة جاز لها الفطر، إذا شق عليها الصيام، وليس عليها فدية. وإذا

(٢٥) الممتحنة: ١٠

أرضعت وخافت على ولدها أفطرت وقضت الصيام وأطعمت عن كل يوم مسكيناً مداً من حنطة.

قال محمد بن رشد: إثقال الحامل الذي لا يجوز لزوجها الذي إذا خالعها أن يتزوجها فيه، هو أن يمضي لحملها ستة أشهر. **قاله مالك في الموطأ** وغيره. وهي مصدقة في ذلك، لا ترى النساء فيه، ولا يسألن عنه، ولا يلتفت إلى قولهن فيه. قاله ابن القاسم في رسم الجواب من سماع عيسى من كتاب الأقضية. فأفعالُها كلها جائزة، ما لم تقر على نفسها أنها قد أثقلت، أو يثبت ذلك بالبينة العدلة. فإن تزوجها زوجها المخالع لها، فعثر على النكاح قبل أن تضع فسخ النكاح، وإن كان قد دخل بها، كان لها الصداق المسمّى بالمسيس، وإن لم يعثر على ذلك حتى تضع وتصح من نكاحها، جرى ذلك على الاختلاف في نكاح المريض أو المريضة إذا صحا، وإن ماتت من نفاسها لم يرثها. وقوله في الرواية: ولا لغيره، لفظ وقع على غير تحصيل، لأن غيره لا يجوز له أن يتزوّجها أثقلت أو لم تثقل. وقوله في الحامل إذا أثقلت جاز لها الفطر إذا شق عليها الصيام، ليس على ظاهره، أثقلت أو لم تثقل، إذا اشتد عليها الصيام، جاز لها الفطر، ولا فدية عليها. وقد قيل عليها الفدية، اختلفت الرّواية في ذلك عن مالك، وقد فرق بين أن يشق عليها الصيام أو لا يشق إلا أنها تخاف أن تطرح ولدها. ذهب إلى هذا ابن حبيب وعليها القضاء على كلّ حال. ومن أهل العلم من يرى عليها الفدية، ولا يرى عليها القضاء. ذهب إلى هذا من يرى من الآية قوله تعالى: ﴿ وعَلَى الَّذِينَ يُطِيقُونَه فِدْيَةٌ ﴾[٢٦] محكمة فيها وفي المرضع والشيخ. وهي عند مالك منسوخة. وأما المرضع فلها ثلاثة أحوال: **حال** لا يجوز لها فيها الفطر **وحال** يجوز لها فيها الفطر، **وحال** يجب عليها فيها الفطر. وقد مضى بيان ذلك في رسم صلى نهاراً من سماع ابن القاسم، من كتاب الصيام فمن أحبّ الوقوف عليه تأمله هنالك.

---

(٢٦) البقرة: ١٨٤

مسألة

وسألت ابن القاسم عن رجل يشترط لامرأته إن تزوّج عليها فهي طالق، يعني التي تحته، أو أمرها نفسها بيدها، أو التي يتزوج عليها طالق، أو أمْر التي يتزوج بيد التي تحته، فأراد أن يتزوج، وقال لم أرد بالطلاق إلا واحدة، ولم أُمَلِّكْكِ إلا واحدة. قال: أما التي تحته فلا يقبل قوله فيها، وهي طالق البتة، إن تزوج عليها، وأما طلاقه في التي تزوّج عليها، فقوله مقبول، لأن التي تحته، لا يُبينها منه، إلا البتة. فإن قبل قوله لم تنتفع بشرطها، وهو أملك بها. وأما الّتي يتزوج عليها فواحدة تبينها، لأنه من طلق امرأة لم يدخل بها طلقة فقد بانت منه. وهي أملك بنفسها. فهو ساعة يملك عقدتها بانت منه بواحدة، فقد انتفعت بشرطها فيها، ولا حجة لها أن تقول في التي يتزوج عليها: أردت البتة، لأن واحدة تبينها منه وهو وجه ما سمعت. وأمرها بيدك مثله.

قال محمد بن رشد: تعليله هذا يدل على أنه إن تزوّج عليها قبل الدخول فله أن يناكرها فيما زاد على الواحدة، لأن الواحدة تبينها، وكذلك إن كان التمليك في الداخلة، فلم يعلم حتّى دخل بها، كان لها أن تقضي بثلاث، ولم يكن له أن يناكرها، لأن الواحدة لا تبينها، فإنما راعا في هذه الرواية معنى الانتفاع بشرطها في نفسها، وفي الدّاخلة عليها، ولم يراع في **المدونة** ذلك. وإنما جعل القضاء في الثلاث حقاً لها بالشرط، فقال: لها أن تقضي بها في نفسها قبل الدخول وبعده، ولم يجعل للزوج مناكرة قبل الدخول، وإن كانت الواحدة تُبينها فتنتفع بشرطها، فعلى قوله في **المدونة** إن كان الشرط في الداخلة عليها لها أن تقضي فيها بالثلاث ولا يكون للزوج أن يناكرها، وإن كانت واحدة الواحدة تبينها، وهذا على ما في رسم الرهون من سماع عيسى من كتاب النكاح، لأنه جعل فيها اليمين على نيّة المرأة المشترط لها الشرط، كان الطلاق فيمن في عصمته ممن لا تبين منه بالواحدة، أو في الداخلة عليها. ولم

يراع في المدونة ذلك، وإنما جعل التي تبين منه بواحدة، وقد زدنا هناك هذه المسألة بياناً، فمن أحب الوقوف عليه تأمله فيه وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المرأة الناشز التي تقول لا أُصلِّي ولا أصوم ولا أستحمُّ من جنابة، هل يجبر زوجها على فراقها؟ قال: لا يجبر على فراقها، ولكن إن شاء فارقها وحل له ما افتدت به من شيء.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال: إنه لا يجبر على فراقها، ولا يجب ذلك عليه، إذ ليست بكافرة مرتدة بتركها الصلاة والصيام والغسل من الجنابة، إذا كانت مقرة بفرض ذلك، على الصحيح من الأقوال، فله أن يؤدبها على ترك الصلاة ويمسكها. قال الله عزّ وجلّ: ﴿ وأمُر أهْلَكَ بِالصَّلَاةِ واصْطَبِرْ عَلَيْهَا ﴾(٢٧) وقال: ﴿ يَا أيُّها الَّذِينَ آمَنُوا قُوا أنْفُسَكُمْ وأهْلِيكُمْ نَاراً وَقُودُها النَّاس والْحِجَارة ﴾(٢٨) فإن افتدت منه لتأديبه إياها على ترك الصلاة والصيام، حل له أن يقبل منها الفداء، إذا لم يؤدبها لذلك، وقد مضى في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم بيان هذا المعنى وبالله التوفيق.

ومن كتاب العريّة

وسئل عن المرأة يصالحها زوجها على رضاع ولدها، وعلى إن أخذ منها فأقامت سنة، ثمّ أتت بامرأتين تشهدان أنها إنما صالحته عن ضرورة، قال: تحلف مع شهادتها، ويرد عليها ما أخذ منها، وتأخذ منه رضاع ما أرضعت من ولده.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، إذ لا يحل لأحد أن يأخذ من مال

(٢٧) طه: ١٣٢.

(٢٨) التحريم: ٦

امرأته شيئاً، إلا عن طيب نفس منها. قال عزّ وجلّ: ﴿ فإنْ طِبْنَ لَكُم عَنْ شَيْءٍ مِنْهُ نَفْساً فَكُلُوهُ هَنِيئاً مرِيئاً ﴾(٢٩) وقال: ﴿ ولاَ تَعْضُلُوهُنَّ لِتَـذْهَبُوا بِبَعْضِ مَا آتَيْتُمُوهُنَّ إلاَّ أن يأتِينَ بِفَاحِشة ﴾(٣٠) وقد مضى هذا المعنى في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم، فإذا افتدت المرأة من زوجها ثمّ ثبت أنه كان يضربها، وجب أن يرد عليها ما أخذ منها، ويجوز في ذلك شهادة النساء، لأنه مال، والطلاق قد مضى بغير شهادتهن، فإن شهد لها بالضرر شاهدان، أو شاهد وامرأتان، ردّ عليها مالها بغير يمين، وإن شهد لها به رجـل واحد وامرأتان، حلفت مع شهادة الرجل، أو مع شهادة المرأتين، واستوجبت أن يردّ إليها ما أخذ منها. ويجوز في ذلك أيضاً شهادة شاهدين على السماع، فتأخذ ما أخذ منها بشهادتها دون يمين. قاله في سماع أصبغ، من كتاب الشهادات، وأكثر من ذلك أحب إليه، وابن الماجشون، لا يجيز في شهادة السماع أقل من أربعة شهود وبالله التوفيق.

مَسْـألة

وسألته عن الرجل يقول لامرأته: إن كنت حاملاً وإن كنت لست حاملاً فأمرك بيدك، فلا يكون ذلك لها، كانت حاملاً أو لم تكن حاملاً الساعة، ما لم يطأها ويقفها السلطان.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، لأن التمليك مقيس على الطلاق، فكما يعجل الطلاق على من قال لامرأته: أنت طالق إن كنت حاملاً وإن لم تكوني حاملاً، ولا يستأنا بها حتّى يعلم إن كانت حاملاً أم غير حـامل، فكذلك يجب التمليك معجلاً للمرأة على هذا الوجه، ويأتي عـلى مذهب سحنون أن يستأنا بها في التمليك، حتّى يعلم إن كانت حاملاً أم لا، كما يُستأنا بها عنده في الطلاق.

(٢٩) النساء: ٤

(٣٠) النساء: ١٩

مسألة

وعن الرجل يقول لامرأته: ادفعي إليّ عشرة دنانير، وجيئي بها وأنا أطلقك، أو قال لعبده: ادفع إليّ خمسين ديناراً، وأنا أعتقك، فلمّا دفع إليه، أو جاءته امرأته بعشرة دنانير، قال: لا أقبلها ولا أطلقك، أو يكون له عليها دين، فيقول إن عجلت ديني فأنا أطلقك فتأتيه بدينه، فيقول لا أقبله، ولا أطلقك، قال ابن القاسم: لا يلزمه شيء من هذا إذا حلف أنه لم يبت لهم الطلاق ولا العتق.

قال محمد بن رشد: ولو أنه لمّا جاءته بالعشرة دنانير قبضها، أو لمّا أتته بدينه معجلاً قبضه، للزمه الطلاق، لأن قبضه ذلك رضي منه بالطلاق، بخلاف العبد، لا يلزمه عتق العبد إذا جاءه بالخمسين ديناراً، وإن قبضها لأنه إنما قبض منه ما له أن يقبضه، شاء أو أبى من غير عتق، ويدخل فيه من الاختلاف ما يدخل في الرجل، يقول لامرأته أقضي ديني وأفارقك، وهو حالٌ لها عليه. وقد مضى بيان هذا كلّه في أوّل رسم من سماع ابن القاسم وبالله التوفيق.

ومن كتاب يوصي لمكاتبه

وسئل عن رجل قال لقوم: أشهدكم أني خيرت امرأتي، قيل له إن التخيير ثلاثة، وأنت تريد أن ترتجع، فقال إن ارتجعتها إلى يوم القيامة فهي طالق البتّة، فاختارت نفسها ثمّ تزوّجت زوجاً فأراد أن يتزوّجها بعد زوج قال ابن القاسم: إن تزوّجها طلقت عليه بالبتة، ثمّ لم يتزوّجها إلا بعد زوج، فإن تزوّجها بعد ذلك لم يكن عليه شيء وكذلك قال ابن وهب.

قال محمد بن رشد: هذا كما قال، وهو ممّا لا اختلاف فيه، لأنه قد

حلف ألا يرتجعها إلى يوم القيامة، فمتى ما راجعها حنث، كان ذلك قبل زوج أو بعد زوج، وإنما الاختلاف إذا طلقها طلاقاً رجعيّاً ثم حلف ألا يراجعها، أو ألا يرتجعها، فراجعها في العدة وقال: إنما أردت ألا أراجعها بنكاح جديد بعد انقضاءالعدة، أو راجعها بنكاح جديد بعد انقضاء العدة، وقال: إنما أردت ألا أرتجعها ما دامت لي عليها الرجعة، وقد مضى القول في ذلك كله موعباً في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب طلاق السنّة، فمن أحبّ الوقوف عليه تأمله فيه وبالله التوفيق.

مَسْألة

قال ابن القاسم: في رجل ملك امرأته أمرها فقالت: قد قبلت ثمّ صالحها بعد ذلك قبل أن تُسأل ما قبلت، قال: تُسأل، فإن قالت: كنت قد طلقت نفسي بقولي: قبلت باثنتين أو ثلاثاً، فالقول قولها، إلا أن يناكرها، فيحلف على ما نوى.

قلت: أله أن يناكرها وهي ليست في ملكه؟ قال: نعم، ذلك له، فإن قال: لم أنو شيئاً، كان القضاء ما قضت، إن قالت كنت طلقت اثنتين، فبالصلح ثلاث، ولا تحل له إلا بعد زوج، وفي البتة، لا تحل له أيضاً إلا بعد زوج، وإن قالت كنت طلقت واحدة كان خاطباً من الخطاب، فإن تزوجها كانت عنده على طلقة بقيت، لأنه قد مضت طلقتان: طلقة قضت بها، وطلقة الصلح. وإن قالت لم أرد بقولي قبلت طلاقاً ولم أنو طلاقاً، ولم أطلق شيئاً، لم يلزمه إلا طلقة الصلح، فإن تزوّجها كانت عنده على طلقتين بقيتا له.

قلت: فلو قالت كنت طلقت ثلاثاً فلم يناكرها، هل يرد عليها ما أخذ منها أو لا يرد عليها ما أخذ منها لأنها حين صالحت علمنا أنها لم تطلق ثلاثاً؟.

قلت: فإن ادّعت الجهالة، قال: لا تعذر.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصولهم، بيّنة المعاني، فلا موضع للقول فيها إلا في قوله: إذا قالت كنت طلقت نفسي بقولي: قد قبلت اثنتين أو ثلاثاً إن القول قولها إلا أن يناكرها، فيحلف على ما نوى، يريد إلا أن يناكرها ساعة قالت: أردت اثنتين أو ثلاثاً، فإن سكت على قولها لم يكن له أن يناكرها بعد ذلك. وأمّا اليمين فليس عليه أن يحلف حتّى يريد أن يراجعها. **قاله في المدنيّة** وكذلك كل من ناكر امرأته في طلاق بائن، كالمملكة أو المخيرة قبل الدخول، أو الذي تعطيه زوجته مالاً على أن يخيّرها، فتختار نفسها على القول بأن له أن يناكرها من أجل أنها تبين بالواحدة بسبب المال، وكذلك الذي يناكرها في الطلاق الرجعي، إنما له أن يناكرها ساعة قضت بأكثر من الواحدة، وله أن يؤخر يمينه إلى أن يريد رجعتها، فإن لم يحلف حتّى انقضت عدّتها لم يكن عليه أن يحلف، إلا أن يريد مراجعتها.وأما قوله في التي قالت بعد أن صالحت: إنها كانت أرادت بقولها: قبلت ثلاثاً لترجع فيما صالحت به، وقالت إنها جهلتْ أنها لا تعذر في ذلك بجهل، **فيشبه أن تكون هذه المسألة** إحدى المسائل السبع، التي روي عن أبي عمر الإشبيلي أن الجاهل لا يعذر فيها بجهله والثالث[٣١] الذي يسمع امرأته تقضي بالثلاث فيسكت، ثمّ يريد أن يناكرها من بعد ذلك ويدعي الجهل، **والثالثة** المرأة تختار في التخيير واحدة ثمّ تريد أن تختار بعد ذلك ثلاثاً، وتقول: جهلت وظننت أنّ لي أن أختار **والرّابعة** المملّكة أو المخيّرة يملكها زوجها أو يخيرها فلا تقضي حتّى ينقضي المجلس على قول مالك الأوّل، ثمّ تريد أن تقضي بعد ذلك وتقول: جهلت وظننت أن ذلك بيدي متى شئت. **والخامسة** الّتي يقول لها زوجها: إن غبت عنك أكثر من ستة أشهر، فأمرك بيدك، فيغيب عنها وتقيم بعد الستة المدة الطويلة من غير أن تشهد أنها على حقها، ثمّ تريد أن تقضي وتقول: جهلت وظننت أن الأمر بيدي متى ما شئت **والسّادسة** الأمة

(٣١) كذا وصوابه: والثانية.

تعتق تحت العبد فتتركه يطأها ثمّ تريد أن تختار وتزعم أنها جهلت أن الخيّار كان لها. **والسابعة** الرّجل يجعل أمر امرأته بيد غيرها، فلا يقضي المالك حتّى يطأها زوجها، ثمّ يريد أن يقضي ويقول: جهلت وظننت أن ذلك لا يقطع ما كان من القضاء فيما مُلكت فيه، وذلك أن ابن عتاب حكى عن ابن بشير القاضي أنه قال: كان أبو عمر الإشبيلي ـ رحمه الله ـ يقول: سبع مسائل لا يعذر فيها الجاهل بجهله، ولا يشرحها، وإذا سألناه عن تفسيرها لم يفسرها لنا. قال: فتبعتها إلى يومي هذا، فلم أجد منها إلا خمس مسائل، فذكر ثلاثاً من هذه، **ومسألة** السّارق يسرق الثوب وفيه دراهم جهلها، ولم يعلم بها، **ومسألة** المرتهن يطأ الجارية المرهونة عنده ويدعي الجهل. قال ابن عتاب فوجدت أنا منها مسائل كثيرة، فذكر مسائل مختلفة المعاني وقعت في **المدونة** **والمستخرجة** وغيرهما من الدواوين نصّ فيها على أن الجاهل لا يعذر بجهله، بعضها متفق عليها، وبعضها مختلف فيها. منها حديث[٣٢] مرغوسن في المقر بالزنى جهلاً وغيرها من المسائل وترك مسائلاً[٣٣] كثيرة لا يختلف في أن الجاهل لا يعذر فيها بجهله، إذ لم يجد ذكر ذلك نصاً فيها ولم يكن أبو عمر الإشبيلي ممن يغلط مثل هذا الغلط، فيخفى عليه أن المسائل التي لا يعذر فيها الجاهل بجهله أكثر من أن تحصى، وإنما أراد والله أعلم، سبع مسائل في نوع واحد، فيحتمل أن يكون أراد السّبع المسائل التي ذكرناها والله أعلم، ويحتمل أن يكون أراد بالسبع المسائل ما قد ذكرته في كتاب الشفعة من كتاب **المقدمات**.

مسألة

وسألت ابن القاسم عن الرّجل يقول لامرأته: أنت طالق إن شئت، فقالت: قد شئت إن شاء فلان، أو يقول لعبده: أنت حرّ

(٣٢) لم أقف عليه.

(٣٣) كذا.

إن شئت، فقال: قد شئت إن شاء فلان، فيوجَدَان قد ماتا هل ترجع المشيئة إليهما؟ قال ابن القاسم: إن وجدا قدْ ماتا فلا شيء لهما، ولا ترجع المشيئة إليهما.

قلت: فلو كان قال لهما هذه المقالة، فقالا: قد شئنا إن شاء فلان، وفلان بأرض بعيدة، مثل افريقية والأندلس. قال: أمّا المرأة فيقال لها: إن شئت فاقضي الآن، وإن شئت فاتركي، ولا تؤخري إلى قدوم فلان. وأما العبد، فذلك له حتّى يكتب إلى فلان، ويستقضي شيئته، لأنه ليس في العبد من الضرر ما في المرأة، لأن المرأة يمنع من وطئها، والعبد ليس كذلك.

قلت: فإن كان الرّجل الذي جعلت المرأة المشيئة إليه في الاسكندرية ونحوها من القرب، أيؤخر إلى ذلك؟ قال ابن القاسم: إذا كان في القرب على ما ذكرت اليومين والثلاثة، وما أشبهه الذي لا يكون على الزّوج في ذلك ضرر، فإني أرى أن يوقف، وأما الأجل البعيد الذي يكون على الزّوج فيه ضرر، فإني أرى أن ترد المشيئة إليها السّاعة، فإما قضت وإمّا تركت.

قلت: فلو أنّ الزّوج قال: أنا أترك الأمر حتّى يشاء فلان ويقدم، فإني أخاف أن يجعل ذلك بيدها فتطلق، وعسى فلان لا يطلق، قال: إذا بعد الأمر فلا يقبل فيها رضى الزّوج، لأن الموت يأتي فيقع المواريث. قال ابن القاسم: وليس التأخير بشيء في القياس، وإن قرب الأمر، إنما القياس فيه أن يوقف الساعة.

قال محمّد بن رشد: أما إذا قالت: قد شئت إن شاء فلان، أو قال العبد قد شئت إن شاء فلان، فيوجد فلان قد مات قبل ذلك، أو مات بعد ذلك قبل أن تعلم مشيئته، فلا اختلاف في أنّه لا شيء لهما، وأن المشيئة لا

ترجع إليهما، لأنهما قيدا شيئتهما بما لا يمكن أن يكون، فبطلت، وكذلك إن قالا: قد شئنا إن شاء فلان، وفلان ميّت، وقد علمنا بموته، إذ لا يمكن أن يشا الميت على مذهب ابن القاسم في الذي يقول امرأتي طالق إن شاء هذا الشيء، لشيء لا يمكن أن يشاء، مثل الحجر وشبهه إنه لا شيء عليه، ويأتي على مذهب سحنون الذي يلزمه الطلاق، ويرى ذلك ندَماً منه أن يلزم الطلاق في المرأة، والعتق في العبد، ويعد ذلك منه ندماً، لأن المرأة والعبد ينزّلان بما ملكا من العتق والطلاق، منزلة من ملكها، وقد يكره العبد العتق، فيقول: إن شاء هذا الشيء، لشيء لا يشاء ندماً. وأما إذا قالت: قد شئت إن شاء فلان، وقد فوضت أمري إلى فلان، وفلان حي، فلا يخلو على مذهب ابن القاسم من أن يكون فلان حاضراً أو غائباً قريب الغيبة، أو غائباً بعيد الغيبة، فأما إن كان حاضراً، فينزل منزلتها ويقال له: إما أن تقضي وإما أن ترد، ويكون ذلك إليه ما لم ينقض المجلس، أو ما لم يوقفه السلطان على اختلاف قول مالك في الذي يكون إليه أمر المملكة بيدها، وأمّا إن كان غائباً قريب الغيبة، قال: ها هنا مثل اليوم واليومين والثلاثة، وما أشبهه، وقال في **الواضحة** من رواية أصبغ عنه مثل اليوم وشبهه، فيوقف الأمر، ويخير إلى أن يعلم ما عنده استحساناً، قال: والقياس أن يقف السّاعة، وإنما قال مالك: هو القياس، لأنها لو سألت أن تؤخر إلى أجلٍ قريب، ترى في ذلك وتنظر، لم يكن لها بإجماع، فإذا لم يكن لها أن تؤخر في نفسها، لم يكن لها أن تؤخر إذا جعلت ذلك لغيرها، وأما إذا كان غائباً بعيد الغيبة، فيرجع الأمر إليها وتوقف السّاعة على كلّ حال. وأصبغ يرى أنه ليس لها أن تحول الأمر إلى غيرها وإن كان حاضراً، ويرجع الأمر إليها، فتقضي أو ترد. وقوله يأتي على رواية علي بن دينار زيادة عن مالك في كتاب الخيار، من **المدونة**. والعبد والمرأة في القياس سواء، إذ لا فرق فيه بين تمليك المرأة الطلاق، وتمليك العبد للعتق، إذ لا يفترقان في الحدّ الذي ذلك إليهما فيه، فقوله في العبد: إنه ينتظر في البعيد الغيبة استحسان على غير قياس. ويأتي في **نوازل سحنون** من كتاب الإيلاء، القول في جعل الرجل أمر امرأته بيد رجل غائب وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوصى أن ينفق على أمّهات أولاده

وقـال فيمن قال لامرأته: إن لم أتزوج عليك إلى ثلاث سنين فأنت طالق ألبتّة، فجزعت من ذلك واشتد عليها، فقال لها: إن تزوّجت عليك فأمرك بيدك، فقالت: اشهدوا أني قد اخترت نفسي السّاعة، إن هو تزّوج، قال مالك: هي طالق السّاعة.

قلت لابن القاسم: فإن ردّ عليها وقال: لم أرد إلا واحدة، قال: فذلك له، ويقع ما أراد من الطلاق الساعة، ويكون له عليها الرّجعة.

قال محمّد بن رشد: قوله: فقالت اشهدوا أني قد اخترت نفسي السّاعة إن هو تزوج عليّ، معناه: فقالت: اشهدوا أني اخترت السّاعة أن أكون طالقاً ثلاثاً، متى ما تزوّج عليّ، فلما كان ذلك لازماً لها عند مالك، وقد كان حلف بطلاقها ثلاثاً إن لم يتزوّج عليها إلى ثلاث سنين، صار في كل وجه يصرفه إليه، لا بد له من الطلاق ثلاثاً، لأنه إن تزوج بانت منه بثلاث لاختيارها نفسها إن تزوج عليها، وإن لم يتزوج عليها إلى ثلاث سنين بانت منه بثلاث أيضاً، فلهذا قال: هي طالق السّاعة، يريد ثلاثاً، لأنه في حكم من قال: إن لم أطلق امرأتي ثلاثاً إلى ثلاث سنين فهي طالق ثلاثاً. وأمّا قول ابن القاسم: فإن ردّ عليها وقال: لم أرد إلا واحدة، فذلك له، ويقع ما أراد من الـطلاق السّاعة، ويكون له عليها الرجعة، فمثله حكى ابن حبيب عنه من رواية أصبغ، ولا وجه له يصح، والصواب في ذلك على قياس ما تقدم من قول مالك ومذهبه في **المدونة**: أن يوقف فيقال له: إما تزوّجت فيقع لك تطليقة واحدة، وتكون لك الرجعة، وتَبَرُّ في طلاق الثلاث، وإما أن تعجل عليك طلاق الثلاث، إذ لا خلاص لك منها إلا بالتزويج، إذ لا فرق بين أن تختار واحدة إن تزوّج عليها، أو يقول: إن تزوّجت عليك فأنت طـالق واحدة، وذلك يوجب ما قلناه، لأنه في التمثيل بمنزلة من قال: إن لم أطلق امرأتي إلى ثلاث سنين واحدة، فهي طالق ثلاثاً. والواجب في ذلك على قول

مالك أن يقال له: إما طلقت واحدة فتبُرُّ في طلاق الثلاث، وإما أن يعجل عليك طلاق الثلاث. وقد حكى ابن حبيب عن ابن القاسم أنه لا يعجل عليه الطلاق في شيء من هذه المسائل إلى الثلاث سنين، وهو مذهب سحنون، وقول ابن القاسم في سماع أبي زيد، قال أصبغ: ولا يطأ إلى الثلاث سنين، فإن طلبت امرأته الوطء، ضرب له أجل المولى، وذلك يأتي على قول غير ابن القاسم في العتق الأوّل من المدونة، وقول ابن القاسم، في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الإيلاء، خلاف قوله ومذهبه في المدونة إن له أن يطأ لأنه على بر، إذ قد ضرب أجلاً. وقد مضى من معنى هذه المسألة في رسم حلف من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب وفي رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب طلاق السنة.

مسألة

قال: وسمعت مالكاً والليث جميعاً يقولان في رجل قال لامرأته: إن تزوّجت عليك فأمرك بيدك، فقالت: إني قد اخترت نفسي السّاعة إن تزوج عليّ، قالا: فذلك لها.

قال محمد بن رشد: هذا مثل قول مالك في المسألة التي قبلها، خلاف قول أشهب، في سماع أصبغ، من كتاب النكاح. والاختلاف في هذا جار على أصل مختلف فيه، وهو إسقاط الحق قبل وجوبه.

مسألة

قال ابن القاسم: فإذا قال لها: إن تزوّجت عليك فأمرك بيدك، فأذنت له قبل أن يريد أن يفعل بكثير، وسلمت، فلما فعل أرادت الرجوع، إن ذلك ليس لها، وهو قول مالك القديم، إنّ ذلك له، وإن أذنت له قبل ذلك بكثير، فلما فعل ذلك لم يكن لها أن ترجع، إلا أن مالكاً رجع وقال: أحبّ إليّ أن يكون ذلك عندما

يريد أن يفعل. وإن قال لها: إن تزوجت عليك إلا برضاك فأمرك بيدك، فأذنت له أن يفعل متى ما أراد قبل أن يريد أن يفعل، ثمّ فعل بعد ذلك، فأرادت الرجوع،إن ذلك ليس لها وليس بيدها من ذلك شيء.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها مستوفى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، فمن أحب الشفا من الوقوف على القول فيها تأمله هنالك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسمعته يقول فيمن قال لامرأته: أنت طالق إن شئت، أو لغلامه أنت حرّ إن شئت، فزعم أنهما قالا: لَاَ نَشاءُ، وزعما أنهما قد اختارا حين أعطاهما ذلك وشاءا ذلك، وهو يُقر أنه قد أعطاهما، غير أنه يدعي أنهما لم يقضيا شيئاً، ولا نية بينهما. قال ابن القاسم: القول قولهما، وهما مصدقان، والبينة عليه، وكذلك من يقول لامرأته: أمرك بيدك، فيقر بأنه قد ملكها، غير أنه يدعي أنهما تفرقا، ولم تقض شيئاً، ولم تختر، وزعمت هي بأنها قد اختارت ساعة ملّكها إن القول قولها، وهي مصدقة والبينة عليه وهو مدّع لأنه يقول: إنه قد أمكنهم من ذلك، وأعطاهم إيّاه، ثم ادّعى عليهم في ذلك دعوا، وإنما مثل ذلك مثل رجل أقرّ لرجل أنه أسلفه خمسين ديناراً وزعم أنه قد ردّها إليه، وأنكر الآخر أن يكون ردها إليه ولا أخذها منه، فعليه أن يقيم البيّنة أنه قد قضاه، وإلا غرم، والقول قول صاحب المال، وكذلك قال مالك في الذي ملّك امرأته أمرها، إن القول قولها، إلا أن تكون له بينة. ونزلت به فقضا بها، لأنه قد أقرّ.

قال أصبغ: ولا أَيمان عليهما لأن نكولهما وحلفهما سواء لا يرد ما قالا.

قال محمّد بن رشد في كتاب إرخاء الستور من **المدونة** في هذه المسألة: إنها نزلت، فاختلف فيها أهل المدينة، وسئل عنها مالك فقال: القول قول الزوجة، مثل قول ابن القاسم ها هنا، وروايته عنه، ولا شك أن اختلافهم فيها، كان إنّ منهم من قال: إنّ القول قول الزوج، وهوقول أشهب من أصحاب مالك، وإليه ذهب الشافعي، وهذا الاختلاف مبني على أصل قد اختلف فيه قولُ ابن القاسم، وهو تصديق المأمور فيما أمره به الآمر من إخلاء ذمته أو تغير ذمة الآمر، فذهب أشهب إلى أن المأمور لا يصدق في ذلك، فجوابه في هذه المسألة إنّ القول قول الزّوج على أصله، وجواب ابن القاسم إنّ القول قول الزّوجة على أحد قوليه في هذا الأصل. وذلك أنه قال في السلَم الثاني من **المدونة** فيمن له على رجل طعام من سلم فقال: كِلْهُ لي واجعله في غرائرك، أو في ناحية بيتك، فقال: قد فعلتُ وضاعَ، إنه لا يصدق على أنه قد كاله حتّى يقيم البينة على ذلك. وقال فيمن كان له على رجل دين فقال له: ابتع لي حيواناً أو سلعة، فقال: قد فعلت وتلف ذلك، إنه يصدق في ذلك، وذلك مثل قوله في مسألة اللؤلؤ من كتاب الوكالات من **المدونة**. ومثل قوله في مسألة الرسول من كتاب الرّواحل والدّواب، ومثل قوله في مسألة البنيان في آخر كتاب الدور، وخلاف قول أشهب فيها. وإنما يكون القول قولُ الزّوجة والعبد، على قول ابن القاسم وروايته عن مالك، مع أيمانهما فإنْ نكلا عن اليمين، حلف الزّوج وبقي مع امرأته، وحلف سيد العبد، وكان له رقيقاً، خلاف قول أصبغ إنه لا أَيمان عليهما. وقوله: لأن نكولهما وحلفهما سواء. معناه، لأن نكولهما بمنزلة أيمانهما، إذ لا ترجع اليمين عنده بنكولهما على الزّوج ولا على سيّد العبد، ووجه قوله: إنّ الزّوج والسيّد، لما ملّكا الطلاق للزّوجة، والعتق للعبد، صار كل واحد منهما في ذلك بمنزلة من ملكه، فوجب ألا يحلف كما لا يحلف من قال: إنه قد أعتق عبده أو طلق امرأته، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في رجل قال لامرأته: خيرة الله في يديك، فاختارت، وقال: لم أرد الطلاق، قال: يحلف بالله ما أراد به طلاقاً ولا تمليكاً، ولا شيء عليه، وكان من الحجة في قوله خيرة الله في يديك، قال: يقال: خار الله لك وما أشبه ذلك. قيل له: أفسكوته عنها وهو يسمعها تقضي؟ قال: يحلف بالله الذي لا إله إلا هو ما كان صَمْته عنها رضى بذلك، ولا شيء عليه لأنه يقول تركتها تتكلم ما أصنع بها.

قال محمّد بن رشد: أما يمينه في قوله خيرة الله في يديك، إنه ما أراد به طلاقاً ولا تمليكاً، فبيّن أن ذلك على ما قال، إذ يشبه ألا يكون أراد بذلك طلاقاً ولا تمليكاً. وأمّا قوله في الذي سكت وهو يسمعها تقضي: إنه يحلف ما كان صمته رضى بذلك، فمعناه إذا أنكر في المجلس، ولو لم ينكر حتّى طال الأمر وافترقا، ثم أتى بعد ذلك وزعم أنه لم يكن صمته رضى بذلك، لم يصدق في ذلك، لأن سكوته على ما قضت به حتّى طال الأمر يدل على أنه أراد تمليكها بقوله خيرة الله في يديك، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال أشهب بهذه المسألة، ونزلت في رجل دخلت عليه امرأته فقال: هي طالق ألبتة، إن لم أفترعها الليلة، فوطئها فإذا هي ثيّب ليست ببكر، قال: لا شيء عليه، إنما أراد وهو يظنّ أنها عذراء. قلت: أرأيت إن كان حين علم أنها ثيّب، واستقر ذلك عنده، ترك وطأها تلك الليلة، فلم يطأها أتطلق عليه؟ قال: نعم، قال أصبغ: ولو علم قبل الوطء بعد اليمين أنها ثيّب، فترك وطأها ليلته رايته حانثاً. .

قال محمّد بن رشد: ـ رحمه الله ـ: وهذا كما قال: إنه إذا وطئت تلك الليلة فلا حنث عليه، بكراً كانت أو ثيّباً، لأن معنى يمينه إنما هو ليفترعها الليلة بوطئه إيّاها، فإذا وطئها برَّ وإن لم يفترعها بوطئه إيّاها، إذ قد فات ذلك منها كمسألة كتاب النذور من **المدونة** في الذي يحلف ليذبحنّ حمامات يتيمة فألفاها قد ماتت، ولا اختلاف هذا، إذ قد فات افتراعها، فلا قدرة له عليه، وإنما الاختلاف إذا كان قادراً على ما حلف من جهة الإمكان، إلا أن الشرع يمنعه منه، كمثل أن يجدها تلك الليلة حائضاً، فقال ابن القاسم في **الواضحة**: هو حانث، ومثله في الأيمان بالطلاق من **المدونة** في الذي يحلف أن يبيع أمته، فإذا هي حامل، قال أصبغ: لا حنث عليه، واختاره ابن حبيب، لأن امتناع الوطء فيها من جهة الشرع، كامتناعه من جهة عدم الإمكان، فحمل ابن القاسم يمينه على اللفظ، وحمله أصبغ على المعنى، لأن الحلف إنما أراد الـوطء الحلال في مقصد يمينه، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في الذي يقول لامرأته وجهي من وجهك حرام: إنها ألبتَّة لا تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، لا اختلاف فيها في المذهب، لأن قوله وجهي من وجهك حرام، بمنزلة قوله: أنت عليّ حرام، فهي في المدخول بها ثلاث، ولا ينوَّا إن ادعى أنه أراد بذلك واحدة أو اثنتين إلا أن يأتي مستفتياً، ولا ينوى في التي لم يدخل بها، لأن الواحدة تحرِّمها وقد تكررت هذه المسألة والتّي قبلها في هذا الرّسم بعينه من كتاب الأيمان بالطلاق، والله الموفق.

مسألة

وقال مالك: من صالح امرأته ثمّ قال لها: اختاري، فاختارت

أنها واحدة، وذلك إذا تداعيا إلى الصلح وتـهايآ له، واجتمعا عليه، فيخيرها عند ذلك قبل وجوب الصلح، أو مع وجوبه، قال مالك: وذلك أنهم يرون الصلح لا يتم لهم إلا بذلك. وقد نزل بنا هذا في غير واحد فأشرت بذلك وهو رأي ابن القاسم.

قال محمّد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادة ذلك.

مسألة

ولو أن المرأة قالت لزوجها: أنا أضع لك ما لي عليك من مهري، على أن تملكني أمري، ففعل، فاختارت نفسها[٣٤] نفسها إنها البتات إلا أن ينكر عليها أنه لم يرد إلا واحدة، فيحلف وتكون واحدة بائنة.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنه إذا ناكرها تكون واحدة بائنة بسبب ما أعطته من المال على التمليك، خلاف قول مالك في رسم سعد من سماع ابن القاسم. وقد مضى بيان ذلك هنالك فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال ابن القاسم: فيمن قال لامرأته، إن أعطيتني ما لي عليك فارقتك، أو أنا أفارقك ففعلت، فلما قبض ذلك أبا أن يفارقها. قال: قد اختلف فيها. وأحبّ ذلك إليّ أن يحلف بالله، إنه إنما قاله لينظر فيه، إما أن يفعل إن بدا له، أو لا يفعل، كأنه يقول: لم أرد به أني قد فعلت ساعتئذ، قال: ثم لا أرا عليه شيئاً، وهي امرأته.

(٣٤) بياض بالأصل.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة قد مضى بيانها والقول فيها في أوّل رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مسألة

وقال: فيمن أعتق أمّ ولده، على إن أسلمت له ولده الصغير منها، يكون عنده أنه يُرد إليها، وليس ذلك بمنزلة الحرة التّي صالحها على أن تسلمهم إليه، فذلك جائز ولا يرد إليها.

قال محمّد بن رشد: مثل هذا في سماع أبي زيد من كتاب العتق، وقد روي عن ابن القاسم أن ذلك يلزمها بمنزلة الحرة. حكى ابن المواز عنه القولين جميعاً، والأصل في هذا الاختلاف، أنه لما أعتقها على أن أسلمت إليه ولده منها، حصل إسقاطها لما يجب لها من حضانة ولدها في حال العتق معاً، فمرّة رأى الإسقاط مقدماً على العتق، فلم يلزمها إيّاه، إذ لم تلتزمه إلا في حال رقها، وفي حين لا تملك نفسها، ويقدر السيد فيه على إكراهها، فصارت في حكم المغلوبة على ذلك، ومرّة رأى العتق مقدماً على الإسقاط فألزمها إيّاه، إذ لم تلزمه إلا في حال حرّيتها بعد عتقها، فأشبهت الحرة يصالحها على أن تسقط حقها في حضانة ولدها. والأظهر أن ذلك لا يلزمها، لأنهما إذا وقعا معاً، فقد وقع كل واحد منهما قبل كمال صاحبه، وعلى هذا الأصل وقع الاختلاف في الرّجل يعتق أمته على أن تتزوجه بكذا وكذا وقد مضى القول على ذلك مستوفى في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، وفيه بيان هذه المسألة.

مسألة

وقال: في نصراني أسلمت امرأته، فأراد أن يُسلم، فقالت: أفتدي منك بمالي، على أن لا تسلم حتّى أملك أمري أو على أن لا يكون ذلك على رجعة، ففعل، ثم أسلم. قال: إن افتدت منه قبل أن

يسلم، لم يثبت ذلك عليه، وردّ ما أخذ منها، وكان له عليها الرّجعة إن أسلم في عدّتها، لأنه لو طلقها وهو كافر، لم يلزمها من طلاقه شيء، فجعله بمنزلة طلاقه.

قلت: فلو كانت افتدت منه على ذلك فلم يُسلم أو أسلم بعد انقضاء عدّتها، أكان يكون له للذي افتدت به منه؟ قال: فلا أرى له شيئاً وأرى أن تأخذه منه.

قال محمّد بن رشد: وهذا بيّن على ما قال، لأن الخلع طلاق، فلما كان طلاقه باطلاً غير لازم كان خلعه مردوداً غير ثابت، وبالله التوفيق لا شريك له وبه أستعين.

ومن كتاب بع ولا نقصان عليك

قال مالك في الجارية تنكح، ويدخل بها زوجها قبل أن تبلغ المحيض، فيملكها زوجها فتطلق نفسها هل يلزمها ذلك الطلاق؟ فقال مالك: نعم، يلزمها ما طلقت إذا مُلكت إذا كانت قد بلغت مبلغًا يعرف ما ملكت أن يوطأ مثلها.

قلت لابن القاسم: وماالفرق بينها وبين الغلام؟ فإن الغلام قد يكون قد عقل وخالط الرجال، فلا يجوز طلاقه إذا لم يحتلم. قال: لأن الجارية إذا بلغت مبلغاً يوطأ مثلها، كان الحد على من قذفها، وإن الغلام لا يكون الحدّ على من قذفه حتّى يحتلم.

قال محمّد بن رشد: تفرقته هذه بين تمليك الجاريّة قبل البلوغ، بأن الحدّ يجب على من قذف الجارية قبل البلوغ إذا كانت قد بلغت مبلغاً يوطأ مثلها، وأن الغلام لا حدّ على من قذفه حتّى يحتلم صحيح، لأن الرّجل لو ملّك أمر امرأته صبيّاً أو نصرانيّاً فطلقها عليه للزمه ذلك، وإن كان لا حدّ على من قذف واحداً منهما، وإنما جاز قضاء المملّكة قبل البلوغ، لأن الطلاق

إنما هو من الزوج الذي ملكها أمرها، لا منها، إذ الطلاق إنما هو للرجال لا للنساء، وقد مضى في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم، في حكم المملكة قبل البلوغ. ومضى في رسم تأخير العشاء من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة، القول في طلاق المناهز للاحتلام فلا معنى لإعادة ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب لم يدرك من صلاة الإمام

وقال: في رجل جعل أمر امرأته بيد ثلاثة نفر، فطلق أحدهم واحدة، وطلق الآخر اثنتين، وطلق الآخر ثلاثاً، قال: تكون واحدة لأنهم كلهم اجتمعوا على واحدة، وهم بمنزلة الشهداء لو أن رجلاً شهد على أنه طلق امرأته ثلاثة، وشهد آخر بأنه طلق امرأته واحدة، كانت واحدة، لأنهما قد اجتمعا على واحدة.

قال محمّد بن رشد: أمّا الذي جعل أمْر امرأته بيد ثلاثة نفر، فطلق أحدهم واحدة والآخر اثنتين والآخر ثلاثاً، فإنها تكون واحدة كما قال، إذ لا يلزمه إلا ما اجتمعوا عليه كالحكمين إذا اختلفا في عدد الطلاق، ولو لم يطلق أحدهم شيئاً لم يلزمه ممّا طلق الآخران شيء. وقد قيل: إنهم إذا اختلفوا لم يلزمه شيء وهو قول أصبغ في هذا وفي الحكمين، أنهما إذا اختلفا لم يلزم الزوج شيء، من ذلك، ورواه عن ابن القاسم وأما قوله: إنهم بمنزلة الشهداء إلى آخر قوله: فهو صحيح على المشهور من مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك، في أنّ الشهادة على الطلاق تلفق، اتفقت أو اختلفت، إذا كانت في مجلسين، وأنه يؤخذ بالزائد فيها إذا اختلفت وكانت في مجلس واحد، فإذا شهد أحد الشاهدين على رجل أنه طلق امرأته واحدة، وقال الآخر: بل إنما طلقها ثلاثاً، وشهد أنه طلقها ثلاثاً في غير ذلك المجلس، فهي واحدة، لأنهما قد اجتمعا على الواحدة، فإن كان منكراً للطلاق جملة حلف أنه ما طلق شيئاً ولزمته واحدة، وإن كان مقراً بالواحدة، حلف أنه ما طلق إلا واحدة ولم يلزمه

غيرها. ويأتي على قول ربيعة في المدونة وما يأتي في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الشهادات أن الشهادات لا تلفق، ويحلف المشهود عليه على تكذيب شهادتهما، ولا يلزمه شيء، ولو كانوا ثلاثة، فشهد أحدهم أنه طلق واحدة، والثاني أنه طلق اثنتين، والثالث أنه طلق ثلاثاً، للزمه على القول الأوّل تطليقتان ويبرأ من الطلقة الثالثة بيمينه، كانا في مجلس واحد أو في مجلسين، وعلى القول الثاني يحلف ولا يلزمه شيء، ولو كانوا أربعة فشهد الاثنان أنه طلق واحدة، وشهد الاثنان أنه طلق اثنتين في ذلك المجلس، للزمته اثنتان على القول الأوّل، وعلى القول الثاني يقضى بأعدل الشهود، فإن تكافأوا في العدالة سقطتا، وحلف المشهود عليه، ولم يلزمه شيء ولو كان ذلك في مجلس آخر، للزمته طلقتان على القول الأوّل، وبرىء من الثالثة مع يمينه، ولزمته على القول الثالث ثلاث تطليقات.

ومن كتاب سلف ديناراً

وسئل عمّن قال لامرأته: إن غبت عنك سنة فأمرك بيدك، فقالت: قد اخترت ألا أريد غيرك، ثمّ غاب عنها سنة فأرادت أن تختار، قال: ليس ذلك لها.

قال محمد بن رشد: هذا على ما مضى في رسم أوصى من قول مالك والليث، ويأتي على ما روَى أصبغ عن أشهب في كتاب النكاح، أن ذلك لها، وقد مضى بيان ذلك هناك، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل كانت تحته امرأتان، فجعل أمر الواحدة بيد الأخرى، يمكث خمس سنين، يطأ التّي جعل أمرها بيد الأخرى، ثمّ وقع بين المرأتين شر، فطلقتها، فقال لها زوجها: إن كانت طالقاً فأنت طالق. قال ابن القاسم: ليس عليه فيهما شيء جميعاً، لا

يطلق هذه ولا هذه، لأنه قد يطأ التّي جعل أمرها بيد الأخرى، فلما كان يطأها انفسخ ما كان جعل بيد الأخرى حين لم تطلق عليه حتّى وطىء.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بيّنة في المعنى، وقد بيّن ابن القاسم وجه قوله فيها بما لا مزيد عليه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدّار

وسئل مالك عن رجل قال لامرأته: أمرك بيدك وهو جاهل يظن أن ذلك طلاق، قال: إن كان أراد بقوله أمرك بيدك أنت طالق، فهي طالق.

قال محمد بن رشد: هذا صحيح على ما في المدونة من أنه ما ليس من ألفاظ الطلاق فلا يلزم به الطّلاق، إلا أنه ينوى باللفظ بعينه الطلاق وقد قيل: إنه لا يلزمه به الطلاق، وإن نواه، وهو قول مطرف في الثمانية وروايته عن مالك، ويقوم من قول ابن الماجشون في كتاب الظهار من المدونة. وقال أشهب: لا يلزمه بذلك الطلاق، إلا أن يريد أنها طالق إذا . . . من اللفظ لا طالق بنفس اللفظ وهو قول لا وجه له.

مسألة

وقال مالك: من ملّك امرأته فقضت بالبتّة فلم ينكر عليها وادّعا أنه جاهل، وظنّ أن ذلك ليس له، وأراد أن ينكر عليها حين علم، قال: ليس ذلك له، ولا يعذر بالجهالة.

قال محمّد بن رشد: هذه إحدى المسائل التّي مضى القول فيها في رسم يوصي إن الجاهل لا يعذر فيها بجهله، فلا معنى لإعادة ذكرها، والأصل في هذا أنه ما كان يتعلق به حقّ لغيره، فلا يعذر الجاهل فيه بجهله،

وما لا يتعلق به حق لغيره، فإن كان مما يسعه ترك تعلمه، عذر بجهله، وإن كان ممّا لا يسعه ترك تعلمه، لم يعذر فيه بجهله، فهذه جملة كافية، يرد إليها ما شذ عنها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألت ابن القاسم عن رجل طلق امرأته طلقة، فقالت له: خذ مني عشرة دنانير، ولا تراجعني، ففعل، فهل تكون عليه طلقة أخرى؟ قال: هذا صُلح، وقد بانت منه بتطليقتين، وتبنى على ما اعتدت، وإنما تبتدىء العدة التي تراجع ثم تطلق، فإن تلك تبتدىء العدّة من آخر ما طلقها، مسّ أو لم يمسّ، إلا المولى، فإنه إن قال أنا أمس فلم يمس، لم تبتدىء العدة ومضت على عدتها.

قال محمد بن رشد: أما قوله في التي قالت لزوجها: خذ مني عشرة دنانير ولا تراجعني: إنه صلح، فهو خلاف ما في سماع رونان عن أشهب، عن ظاهر ما في هذه الرّواية، إذ لم يفرق فيها بين أن يكون قد قبض العشرة أو لم يقبضها ويحتمل أن تتأول هذه الرواية على أنه قد قبض العشرة، لأن معنى قول أشهب في سماع رونان على أنه لم يقبض العشرة، فلا يكون ذلك اختلافاً من القول، إذ لا يتصور الخلاف إلا إذا رجع عن قوله قبل أن يقبض العشرة، وظاهر قول أشهب هذا أن الأمر لا يلزمه وإن قبض العشرة، وله أن يردّها بعد أن قبضها ويراجعها، وهو بعيد، لأنه إذا قبض العشرة فقد ألزم نفسه ما واجبته[٣٥] عليه المرأة من إسقاط حقّه في مراجعته إياها، ولزمته بذلك طلقة بائنة قولاً واحداً، وإنما الخلاف إذا قال لها لما جاءته بالعشرة: لا آخذها، ولا أترك حقي في المراجعة، لأني لم أوجب ذلك على نفسي، وإنما وعدتُ به، وذلك على قياس المسألة التي مضى الكلام عليها في أوّل سماع

---

(٣٥) كذا.

ابن القاسم. وهي: إذا قالت المرأة لزوجها: خذ مني عشرين ديناراً وفارقني، فلما جاءته بها، قال: لا آخذها ولا أفارقك، ويدخلها القول الثالث، وهو: الفرق بين أن تبيع في العشرة متاعها، وتكسر فيها عروضها، وبين أن تأتيه بها من غير شيء يفسده على نفسها، فينبغي أن لا يحمل قول أشهب على ظاهره، وأن يتأول على ما يصح، فيقال: إن معنى قوله: ويرد العشرة أن يتركها لها ولا يأخذها منها وذلك جائز في الكلام، كما يقول الرجل: رددت السلعة بالعيب، وإن كان لم يقبضها بعد، لأن ما وجب للرجل قبضه، فكأنه قد قبضه. وإذا حمل قول أشهب هذا على أنه لم يقبض العشرة احتمل أن يحمل ما في رسم خرجت من سماع عيسى على أنه قبض العشرة، فلا يكون ذلك اختلافاً من القول، وبالله التوفيق.

وإن قالت له: خذ منّي عشرة دنانير، على ألا رجعة لك عليّ، لكان صلحاً باتفاق. وقد مضى ذلك في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم. وقوله: إنها تبنى على عدتها، بخلاف ما لو راجعها ثمّ طلقها صحيح، وقد مضى القول فيه مستوفى في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم من كتاب طلاق السنة فلا معنى لإعادة ذلك.

مسألة

وقال ابن القاسم: إذا صالح الرجل امرأته أو خالعها فقال لها: أنت طالق، كانت تطليقتين: طلقة للخلع، وطلقة لما طلق، ولو قال: لم أرد إلا طلقة الخلع، لم ينوَّ في ذلك، وكانت تطليقتين، ولو قال لها: أنت طالق، طلقة الخلع، لم يلزمه إلا واحدة.

قال محمد بن رشد: أما قوله في التّي خالع زوجته وقال لها: أنت طالق إنها تكون طلقتين، فهو مثل ما في المدونة. ومثل قول عثمان رضي الله عنه فيها: إن الخلع مع الطلاق تطليقتان، وذلك إذا قال: قد خالعتك أنت طالق، أو قد خالعتك وأنت طالق نسقاً لا صماتاً بين ذلك. وأما إن خالعها

وسكت، ثمّ قال بعد ذلك: أنت طالق، فلا يلزمه الطلاق، لأن الخلع طلاق بائن، فلا يرتدف عليه الطلاق. وقد كان ابن عتاب يفتي بأن من بارا امرأته في الحيض هذه المباراة، التي جرا عرف الناس عليها، ثمّ طلقها بعد ذلك، إن الطلاق يرتدف عليه فيها، ما لم تنقض العدة. وذلك استحسان على غير قياس، مراعاة لقول من يراها طلقة رجعية. وقد حكى عن أبي المطرف بن جرج أنه أفتى بأن يجبر على الرجعة من بارا امرأته في الحيض، وكان يحمل ذلك منه على الوهم والخطأ، وليس بخطأ صراح، ووجهه مراعاة الخلاف في كونها طلقة رجعيّة. وأما إن قال لها: أنت طالق طلقة الخلع، فبيِّنٌ أنه لا يلزمه على مذهب ابن القاسم إلا طلقة واحدة، وتكون بائنة، لأن ابن القاسم لا يراعي في هذا اللفظ دون المعنى، فيقول: إن الرجل إذا قال لامرأته: قد خالعتك أو باريتك، أو صالحتك، أو طلقتك طلاق المباراة، أو طلاق الصلح، أو أنت مبراة أو مصالحة، أو مخالعة، أو ما أشبه ذلك من الألفاظ، فهي واحدة بائنة على سنة الخلع، وإن لم يأخذ من الزوجة على ذلك شيئاً. وابن الماجشون يرى ذلك كله بتاتاً من أجل أنه أراد بها بائنة منه بذلك، ولا تبين المرأة من زوجها إلا بالخلع أو الثلاث، فإذا لم يكن خلعاً كان بتاتاً، فيراه بمنزلة من قال لزوجته: أنت طالق طلقة بائنة، ومطرف يرى ذلك كله طلاقاً رجعياً، ووجه قوله إنه إنما لم يلفظ بالثلاث، ولا أراد البتات وجب أن يكون الطلاق رجعياً، لأن الطلقة الواحدة لا تَبين فيها المرأة إلا بخلع يأخذه منها. وقد روى ذلك ابن وهب عن مالك فيمن خالع وأعطى قال في **المدونة**: وروى غيره أنها بائن، وأكثر الرواة على أنها غير بائن، لأنها إنما تبين من زوجها بخلع، فإذا لم يأخذ منها شيئاً فليس بخلع، وإنما هو رجل طلق. وأعطى وبالله بالتوفيق.

مسألة

قال ابن القاسم: قال مالك: لو أن امرأة قالت لزوجها: خذ مني عشرة دنانير، وخيرني، ففعل ذلك، وأجابها وأخذ العشرة، أو

قالت له: ملكني على مثل ذلك، ففعل، أو أراد الصلح، فقال لها: ضعي عني كذا وكذا وأصالحك فتراوضا على ذلك، وأجاب بعضهما بعضاً، إلا أنه لم يقع الصلح ولا الإشهاد بينهما، ثمّ بدا للمرأة في هذه الوجوه بعد أن تواجبا عليها. قال مالك: أما التي سألت من زوجها أن يخيرها أو تعطيه عشرة دنانير، ففعل وخيّرها، فإنها إن اختارت نفسها كانت ألبتة، وإن أبت أن تختار وقالت قد بدا لي، فإن العشرة دنانير تكون للزوج، اختارت أو لم تختر، وكذلك التي سألت التمليك أنها إذا بدا لها وأبت أن تقضي، فالعشرة الدنانير للزوج، قضت أو لم تقض، فإن قضت ولم ينكر ذلك عليها زوجها في مجلسها فهي البتة، ولا تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره، وإن أنكر ذلك وقال: لم أملكك إلا واحدة، كان القول قوله مع يمينه، وكانت طلقة بائنة يخطبها إن شاء مع الخطاب، وإن أراد الصلح على ما ذكرت، فإنها إن بدا لها قبل الإشهاد، ووقع الصلح، فإن ذلك لها، ولا غرم عليها، ولا شيء لزوجها مما سمَّت له، ولا يلزمه طلاق.

قال محمد بن رشد: لا اختلاف في أنه لا رجوع للمرأة في العشرة دنانير التي أعطته على أن يملكها أو يخيرها، وإنما قد وجبت للزوج بما أعطاها من التمليك والتخيير، قضت أو ردّت، وإنما اختلف قول مالك هل يجوز التخيير والتمليك في ذلك على سننها أم لا؟ فمرّة رأى أنهما يحولان عن سنتهما فتقع الطلقة الواحدة بكل واحد منهما بائنة كطلقة الخلع، بسبب ما أعطته من المال، فيكون للزوج أن يناكرها في الخيار، كما له أن يناكرها في التمليك، وتكون الطلقة أو الطلقتان في ذلك بائنتين، فلا يكون للزوج عليها في ذلك رجعة، وهو قول ابن القاسم في هذه الرواية، إذ نصّ فيها على أنه إذا ناكرها كانت طلقة بائنة، ومرّة رأى أن التخيير والتمليك لا يحولان بذلك عن سنتهما معاً، فلا يكون لها أن تقضي في الخيار إلا بالثلاث، ولا يكون للزوج أن يناكرها فيها ويكون له أن يناكرها في التمليك، وتكون له الرجعة، وهو الذي

يأتي على ما مضى من قول مالك في رسم سعد، من سماع ابن القاسم، وقد مضى القول على هذا هناك. وأمّا إذا تداعيا إلى الصلح، وتراضيا عليه، وأجاب بعضهما بعضاً إليه، فلكل واحد منهما أن يرجع عليه ما لم يقع الصلح ويمضياه على أنفسهما، فإن وقع لم يكن لواحد منهما الرجوع عنه، ولزمهما التشاهد عليه. وقد مضى هذا المعنى في رسم من سماع ابن القاسم، وهو الذي يأتي على ما في المدونة، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: إذا اصطلح الرّجل وامرأته على الفراق، فقال لها: قد خيرتك فاختارت نفسها، فإن ذلك الخيار لا يكون ألبتة، وإنما هي طلقة واحدة بائنة، لأن الخيار في هذا ليس بخيار، وإنما هو صلح، فكل خيار لم تشتره المرأة، ولم يكن من الرجل إلا على وجه الصلح، فإن ذلك لا يكون إلا طلقة واحدة.

قال محمد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم الشجرة من سماع ابن القاسم، وتكررت أيضاً في رسم أوصى من هذا السماع فلا وجه لإعادة القول فيها.

مسألة

وسئل عن رجل كان لامرأته عليه حقّ، فنجمته عليه في أشهر مختلفة، على أن إن لم يوفها كل نجم عند حلوله، فأمرها بيدها، فيحل نجم تقضي، فتختار نفسها. قال: إن مسّها بعد حلول الأجل، أو ضاجعها، أو تلذذ بها، أو كان معها في بيت واحد، فلا أرى لها في ذلك النجم خيار، إلا أن تمنعه نفسها وتدفعه عن نفسها بأمر يعرف عند الناس، فإن فعلت فلها الخيار متى ما اختارت ما كان ، لا يمسها ولا يقربها، وإن كان معها في بيت واحد، وادعت أنها منعته

نفسها حتّى قضت، وادعى الزّوج المسيس، فالزّوج مصدق، إذا كان يأوي إليها، ولها من الخيار في النجم الآخر الذي يحل، وفي جميع النجوم التي وقتت له مثل ما كان لها.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصولهم، وقوله فيها: إن لها أن تقضي بعد حلول الأجل متى ما شاءت، ما كانت، لا يطأها زوجها ولا يقربها هو، مثل قول مالك في المدونة في الأمة تعتق تحت العبد، إن لها الخيار، ما لم يمسها زوجها. وقد مضى بيان هذا المعنى وما يتعلق به في رسم حلف من سماع ابن القاسم، فأغنى ذلك عن إعادته ها هنا، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرّجل يخدم قبل أن يبني بأهله، فتختار المرأة نفسها قال: لا صداق لها، وكذلك النصرانيّة. تسلم قبل أن يبني بها، والأمة تعتق قبل البناء بها، فتختار نفسها، قال: فلا صداق لها.

قال محمّد بن رشد: هذا كله كما قال: لأن الله عزّ وجلّ قال: ﴿ وإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُم ﴾(٣٦)، فلما لم يكن واحد من هؤلاء مطلقاً باختياره، لم يجب عليه نصف الصداق، ولا شيء منه. وقد مضى هذا المعنى مشروحاً في رسم الصلاة من كتاب طلاق السنة، وفي سماع سحنون من كتاب النكاح فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم

وسئل عن الذي يقول لامرأته: لأنت أحرم عليّ من أمي قال: أراها البتة.

---

(٣٦) البقرة: ٢٣٧.

قال محمد بن رشد: معنى هذا إذا أراد بذلك الطلاق، وأما لو لم تكن له نية لكان ظهاراً، فقد قال في **المدونة**: إنه إذا قال: حرام كأمي أو مثل أمي ولا نيّة له إنه ظهار. قال: وهذا ممّا لا اختلاف فيه، ولا فرق بين أن يقول: أنت حرام كأمي أو أنت أحرمُ من أمّي في أنه ظهار، وإذا لم تكن له نيَّة، وذلك بيّن من سماع ابن القاسم من كتاب الظهار، فإذا أراد بذلك الطلاق فهي البتة، على مذهب ابن القاسم، ولا ينوَّا في واحدة ولا في اثنتين، وقال سحنون: يُنوَّا فيما أراد من الطلاق، ولو قال: أنت حرام، ولم يقل مثل أمي لكان طلاقاً على مذهب ابن القاسم، وإن أراد به الظهار. وحكى اللخمي أن لسحنون في **العتبية** أنه ينوّا في أنه أراد بذلك الظهار، وليس ذلك بموجود له عندنا في **العتبية** فأراه غلطاً والله أعلم. وحكي عن يحيى بن عمر أنه قال: يلزمه الطلاق، فإن تزوجها ولم يقربها حتّى يكفر كفّارة الظهار قال: وهذا قول من لم يتبيّن له في المسألة حكم، والله أعلم.

ومن كتاب جاع فباع امرأته

وسأله رجل فقال: كانت تحتي امرأة فخطبتُ أخرى، فقالت: لاأتزوجك إلا أن تجعل أمر امرأتك التي تحتك بيدي، قال: ففعلت وتزوّجتها على ذلك فأقامت شهراً وأنا مع امرأتي أياماً أمسّها فلما دخلت بها طلقتها بالبتة قال: أكَان عليك شرط أن أمرها بيدها حين تدخل عليها، أو لم تذكر ذلك؟ قال: ليس عليّ إلا ما أخبرتك أن أمر امرأتي التي تحتي بيدك، فقال: لا شيء بيدها إذا مسستها ووطئتها بعد أن جعلت ذلك بيدها، فلم تقض شيئاً حتّى مسست ووطئت.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال: وهو ممّا لا اختلاف فيه إن وطىء المرأة المملك طلاقها بعلم المملك ذلك فيها يسقط ما له من طلاقها. وقد مضى هذا في رسم سلف وغيره، وبالله التوفيق.

مسألة

وسأله ابن عبد الحكم فقال له: المرأة التي يجعل زوجها أمرها بيدها إلى أجل إن لم يأت، فتجاوز الأجل، ولم تقض شيئاً، تنسا أو تجهل، قال: تحلف بالله ما تركت ما كان بيدها من ذلك، ويكون القول قولها.

قال محمّد بن رشد: قوله: فتجاوز الأجل، يريد بمثل الشهر والشهرين على ما مضى في رسم حلف من سماع ابن القاسم، ولو أقامت أكثر من ذلك لعد ذلك منها رضىً، ولم يكن لها خيار، حسبما مضى القول فيه هنالك،وإيجاب ابن القاسم اليمين عليها ها هنا خلاف روايته عن مالك في الرسم المذكور من سماع ابن القاسم، ومثل ما لمالك في كتاب ابن المواز، ولو أشهدت عند الأجل أنها تنتظره، وهي على حقّها لكان ذلك بيدها، وإن طال دون يمين، على ما في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب النكاح. وقد مضى في رسم الشهيدين الشريكين من سماع ابن القاسم قبل هذا نحو هذا، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الأمة تعتق وهي حائض، هل لها أن تختار قبل أن تطهر؟ فقال: لا تختار حتّى تطهر، وقال ابن القاسم في غير هذا الكتاب: وإنما يكره أن تختار وهي حائض، فإن فعلت جاز ذلك على الزّوج.

قلت: فإن عتق زوجها قبل أن تطهر أترى ذلك يقطع خيارها؟ قال: لا أرى ذلك يقطع خيارها، لأنها قد وقع لها الخيار، وإنما منع من ذلك حيضتها.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنها لا تختار حتّى تطهر صحيح، إذ لا

يجوز إيقاع الطلاق في الحيض بحال، إلا للمولى على اختلاف في ذلك من قول مالك، فإن فعلت، جاز على الزّوج، ولم يجبر على الرجعة، لأنه طلاق بائن. قد روي عن مالك أن للعبد الرجعة إن أعتق، فعلى هذه الرواية إن اختارت نفسها في حال الحيض، فأعتق زوجها قبل أن تنقضي عدتها أُجبر على رجعتها. وقوله: إنه إن أعتق زوجها قبل أن تطهر لم يقطع ذلك خيارها، ليس بخلاف للمدونةمن أنه إذا أعتق قبل أن تختار فلا خيار لها، بدليل قوله: لأنها قد وقع لها الخيار، وإنما منعها من ذلك حيضتها، يريد، فلم يكن منها تفريط، ولذلك كان لها الخيار، والتي لم تختر حتّى عتق زوجها، وقد كان منها تفريط، فلذلك لم يكن لها خيار، وهذا ظاهر الروايات، ويأتي على ذلك أنها إذا أعتقت وأعتق هو بعدها، بفور ذلك قبل أن يكون منها تفريط في اختيارها نفسها، إن لها الخيار، وقد ذهب ابن زرب إلى أن رواية عيسى هذه خلاف لما في المدونة. وهو القياس، لأن الخيار إنما وجب لها من أجل نقصان مرتبته عن مرتبتها فإذا ارتفعت العلة وجب أن يرتفع الحكم بارتفاعها والأوّل هو الظاهر من الروايات، والله أعلم.

ومن كتاب الرُّهون

وقال في رجل بارا امرأته على مال أعطته وعلى أن ترضع ولده سنتين، هل يجوز أن تتزوج حتّى يفرغ من رضاعها؟ قال: أرى أن ينظر في ذلك، فإن كان لا يضر بالصبي، لم يحل بينها وبين التزويج، وإن كان في ذلك ضرر، لم تترك، وهو عندي بمنزلة من يسترضع ولده من امرأة لا زوج لها، وأرادت التزويج فأرى أن ينظر في ذلك على وجه ما وصفت لك.

قال محمّد بن رشد: قد مضى في رسم الطلاق من سماع أشهب، القول في هذه المسألة مستوفى فلا وجه لإعادته.

ومن كتاب إن أمكنتني

وسئل عن رجل جعل أمر امرأته بيد أبيها إن لم يأت بحقها إلى سنة، فأراد أبو الجارية سفراً قبل الأجل، فجمع قوماً وأشهدهم، وقال لهم: إن خَتني جعل أمر ابنتي بيدي، إن لم يأت بحقها إلى سنة، وأُشهدكم أني قد زدته خمس عشرة ليلة بعد السنة، ثمّ بدا له بعد ذلك فقال: لا أزيده شيئاً فقال: ليس ذلك له، ولزوج ابنته الخمس عشرة ليلة التي جعل له لا يكون لأبيها فيها قضاء في طلاقه حتّى تمضي الخمس عشرة ليلة بعد السنة، ثمّ يقضي إن أحب إن لم يأت بحقها.

- **قال محمّد بن رشد**: وهذا كما قال، لأن ذلك قد وجب للزوج، فليس له أن يرجع فيه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب العتق

قال عيسى: وسألت ابن القاسم عن رجل جعل أمر امرأته بأيدي رجلين، فقال: أمر امرأتي بأيديكما، فطلقا جميعاً واحدة، فقال: يجوز، إذا طلقا جميعاً واحدة، فإن طلق كل واحد منهما لم يجز، حتّى يجتمعا جميعاً على واحدة، أو عليهما جميعاً، وإن قال أمر امرأتي جميعاً بأيديكما إن شئتما فهو مثله أيضاً، وإن قال: طلقا امرأتي، فأيهما طلق جاز طلاقه، وإن طلق كل واحد منهما طلقة جاز، وإن طلقاها جميعاً كلتيهما جاز، وإن طلق واحدة منهما طلقة واحدة جاز، وإن طلقها جميعاً واحدٌ جاز، وذلك من قبل أنهما رسولان، فأيهما بلغ الطلاق جاز، وإن طلق البتة، وقال الزوج: لم أُرد إلا واحدة، كان القول قول الزوج، وإن قال: طلقا امرأتي جميعاً إن شئتما، فطلقا جميعاً واحدة، أو طلقاها جميعاً واحدة، أو طلق كل

واحد منهما واحدة، لم تجز حتّى يجتمعا عليهما جميعاً، لأنه إنما قال: طلاق امرأتي جميعاً إن شئتما بأيديكما، فإن شاءا جميعاً، وإلا فلا أمر لهما فيها.

قال **محمد بن رشد**: أمّا إذا قال: أمر امرأتي بأيديكما فلا اختلاف في أن ذلك تمليك، وأن الطلاق لا يقع إلا باجتماعهما عليهما جميعاً، أو على أحديهما. وأما إذا قال: أعلما امرأتي بطلاقها، فلا اختلاف في أن ذلك رسالة، وأن الطلاق واقع عليه، أعلماها أو لم يُعلماها، وأما إذا قال: طلقا امرأتي فهذا لفظ يحتمل الرسالة والتمليك. واختلف على ما يُحمل من ذلك، فقيل: إنه محمول على الرّسالة حتّى يريد التمليك، وهو قول ابن القاسم هنا، وفي المدونة، إلا أنّه حمل الرسالة على الإجماع فرأى الطلاق واقعاً عليه بنفس الرسالة، بلّغاها الطلاق أو لم يبلغاها بمنزلة قوله لهما: أعلما امرأتي بطلاقها وحمل الرسالة هنا على غير الإجماع، فرأى أن الطلاق لا يقع عليه إلا بتليغ من بلغها الطلاق منهما، كما لو وكل كل واحد منهما على أن يطلق عليه، فإن طلق عليه جاز، وما لم يطلق لم يلزمه شيء، وله أن يمنعه من أن يطلق عليه إن شاء بخلاف المملك الطلاق، وقيل: إنه محمول على التمليك حتّى يريد الرسالة، وهو قول أصبغ، وإياه اختار ابن حبيب . وأما إذا قال: طلقا امرأتي إن شئتما فهذا تمليك، إلا أنه يقتضي أنه ليس لهما أن يجتمعا على طلاق الواحدة، بخلاف قوله: أمر امرأتي بأيديكما، لأن قوله: أمر امرأتي بأيديكما، معناه أمر امرأتي بأيديكما، تطلقان من شئتما منهما أو جميعاً إن شئتما، ولا يحتمل أن يكون معنى قوله طلقا امرأتي هذا لجمعه إياهما في الطلاق. وهذا بيّن لا اختلاف فيه. والله أعلم ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم. وصلّى الله على سيّدنا ومولانا محمّد الكريم.

كتاب التّخيير والتّمليك الثّاني

من سماع يحيى بن يحيى من ابن القاسم

من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن الرّجل يزوّج ابنته البكر، رجلاً فتكرهه الابنة والأهل، فيسأله أبو الجارية أن يفارقها، فيكره ذلك، ويمسك عنه زماناً، يرجو الاستصلاح للجاريّة، وإلى أهل الرّجل، فتمادوا في الكراهة له أعواماً، وإن الرجل لقي ختَنه يوماً، فأقبل عليه وسأله أن يخلي سبيله، فقال له الزّوج: لا تكثر عليّ، الأمرُ في يديك، فاصنع ما شئت، فقال أبو الجارية لمن حوله: قد أحسن وأجل، جزاه الله خيراً أمّا إذا جعلت الأمر بأيديها فما لنا عليك من سبيل، فقال له رجل ممن حضره: قد أمكنك الرّجل، وجعل الأمر بيدك، فقال أبو الجاريّة عند ذلك: أشهدكم أني قد إخترت ابنتي، وفرقت بينهما، فأطرق الزّوج قليلاً، ثمّ قال: إني لم أُرد ذلك، فماذا ترى أن يلزم الزوج بهذا القول؟ فقال: أرى القول قول أبي الجارية فيما طلق به من واحدة أو أكثر، وهو عندي بمنزلة الذي يُملِّك امرأته أمرها، فإن كان الزوج ناكر الأب إن زاد على طلقة، أحلف وكانت طلقة بائنة، لأنه لم يَبْن بها. قيل له: وكيف ينوى وهو يزعم أنه لم يرد طلاقاً؟ فكيف يجوز له أن يدعي أنه نوى

واحدة، وقد أنكر ألبتة أن يكون أراد بقوله شيئاً من الطلاق؟ وما ترى قوله: لم أُرد هذا إنكاراً على الأب إذا جاوز طلقة؟ قال: ذلك له، وإن كان أنكر أن يكون أراد طلاقاً. ويحلف وكذلك قال مالك.

قال محمد بن رشد: وقع في بعض الكتب، فأطرق الرجل طويلاً، يريد أطرق مفكراً فيما قضى به الأب من الفراق، وناظرا لنفسه فيما بين أن يسلمه أو ينكره، فسواء كان ذلك قليلاً أو كثيراً ما لم يطل الأمر حتّى ينقضي المجلس، فيتبيّن منه التسليم بفعل الأب، فلا يكون له بعد ذلك أن ينكر ما مضى في أوّل رسم إن خرجت من سماع عيسى، وإنما قال: إن القول قول الأب فيما طلق به من واحدة أو أكثر، لاحتمال قوله قد اخترت ابنتي، وفرقت بينهما، أن يريد بذلك الثلاث، وأن يريد به الواحدة، لأن قول المملك الطلاق، يحمل على ما يحمل عليه قول الزّوج ابتداء، ولو قال الرجل لامرأته: قد فارقتك قبل الدخول، لنُوِّي فيما أراد بذلك من واحدة أو أكثر، فكذلك يسأل الأب ها هنا ما أراد بقوله، قد فرقت بينهما، وقد مضى القول في أن الزّوج يقبل منه نيّته في أنه أراد واحدة، ويمكّن من الحلف على ذلك بعد أن أنكر أن يكون أراد بذلك الطلاق، وفيما يكون الحكم إن أقام على قوله: إنه لم يرد بذلك الطلاق في رسم كتب عليه ذكر حقّ من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصبرة

وسئل عن رجل صالح امرأته في مرضها على إن أعطته لفراقه إيّاها داراً وعَرْضاً من العروض، وتعجل قبض ذلك، قال مالك: إن كان للذي أعطته قدر ميراثه منها فأدنى جاز له ذلك.

قلت له: أرأيت إن كان يوم أخذه قدر ميراثه، ويوم ماتت قيمة ما أخذ أكثر من ميراثه منها أتراه جائزاً؟ وكيف إن كان يوم أخذه أكثر من ميراثه، ويوم ماتت قدر الميراث، وأدنى، متى ينظر إلى

قيمة ما أعطته؟ فقال: حين يقع الصلح بينهما.

قلت: أرأيت إن هلك ماله أو بعضه قبل أن تموت، أيرجع الورثة على الزّوج بشيء؟ قال: لا أرى ذلك لهم قد انقطع الأمر بينهم يوم وقع الصلح، فكأنه عندي حكم واقع مضى بأمر جائز، لأن الذي أخذ الزوج، لو هلك لم يرجع على الورثة من قيمته بشيء.

قلت له: أرأيت إن أعطته داراً أو أرضاً؟ فقال الورثة: لا نجيز، لأن مثل هذا إنما كنا أجمعين نقتسمه بالسهام، فإذا خصته به فنحن نخرج له القيمة، ونأخذه. فقال ليس ذلك لهم، لأنه قد ضمنه ومصالحته إيّاها بالذي أعطته كبيعٍ من البيوع.

قال محمّد بن رشد: اختلف في خلع المريضة على ثلاثة أقوال: **أحدها**: أن ذلك جائز على ورثتها إذا خالعت بخلع مثلها. روى ذلك ابن وهب عن مالك، فعلى هذه الرواية غلب الخلع على حقّ الورثة وجعله كبيعها وشرائها، يجوز إذا لم يكن فيه محاباة بأن تخالع بأكثر من خلع مثلها. **والثاني**: إن ذلك لا يجوز من غير تفصيل، وهو ظاهر قول مالك في **المدونة** وكتاب **ابن الموّاز**. ووجه هذا القول أن ما خالعت به في مرضها، أرادت أن يأخذه الزوج من رأس مالها، عاشت أو ماتت، وهو غير وارث، فوجب أن يبطل وإن كان أقل من ميراثه منها. **والقول الثالث**: أن ذلك يجوز إن كان قدر ميراثها منها فأقل، ولا يجوز إن كان أكثر من ميراثه منها، واختلف على هذا القول متى ينظر فيه، فقيل يوم الصلح، فإن كان مثل ميراثه منها أو أقل أخذه، وإن كان أكثر من ميراثه منها لم يكن له منه شيء إلا أن تصح من مرضها، ولا ميراث له منها على حال، وهو قول ابن القاسم ها هنا. وظاهر قوله في **المدونة**، وقيل يوم الموت، وهو قول أصبغ في **الواضحة** وقول ابن نافع في **المدونة**، ويكون ما خالعت به على هذا القول موقوفاً إن كان شيئاً بعينه، لا

تقضي فيه شيئاً إلا أن تحتاج إليه فتنفقه، فإن صحت أخذه إن كان قائماً، أو ثمنه إن مات باستنفاقها إياه، وإن تلف كانت مصيبته منه، وإن ماتت أخذه كله أو ما أدرك منه إن فات باستنفاق أو غيره إن كان قدر ميراثه منها فأدنى، وإن كان أكثر من ميراثه منها لم يكن له شيء منه، ولا ميراث له منها على حال، وإن كانت خالعت على شيء غير معيّن، وكانت غنية لم يوقف عليها شيء منه، ولا ميراث له منها على حال، وإن كانت خالعت على شيء غير معيّن، وكانت غنية لم يوقف على شيء من مالها، وكان لها أن تنفق منه كما ينفق المريض في مرضه، فإن صحت مضى ذلك عليها، وإن ماتت في مرضها نظر في ذلك على ما تقدم. وقوله: إنها صالحته على أرض أو دار أو قيمة ذلك قدر ميراثه منها فأقل، إن ذلك جائز على الورثة، ولا كلام لهم فيه، دليل على ما حكى سحنون عن بعض أهل العلم، إنه لا يجوز للمريض أن يبيع من بعض ورثته أغبط ماله، وإن لم يحاب في الثمن، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الصبيّة التي يوطأ مثلها يبني بها زوجها فتصالحه على مال تدفعه إليه، ولم تبلغ المحيض، أيجوز ذلك الصلح بينهما؟ فقال: نعم، أراه جائزاً تقع به الفرقة بينهما ويكون للزوج ما أعطته إذا كان ما أعطته يصالح به مثلها.

قال محمّد بن رشد: وقع في **المدنيّة** لمالك من رواية ابن نافع عنه مثل رواية يحيى هذه، وزاد وإن كان أعطت أمراً يستنكر، ليس مثله يخالع به مثلها، ردّ عليها جميع ما أعطته وثبت عليه الطلاق. قال أبو بكر بن محمّد: المعروف من قول أصحابنا: إن المال مردود، والخلع ماض، **وقاله ابن الماجشون في الواضحة**: ولا اختلاف إن كانت ما خلعت به خلع مثلها، هل يرد المال؟ لما في رده من الحظ لليتيمة مع نفوذ الطلاق على الزوج، أو لا يرد، لأنه وقع على وجه نظر، لو دعا الوصي إليه ابتداء لفعله، وعلى هذا يختلفون

في الصبي، يبيع أو يبتاع، أو يفعل ما يشبه البيع والشراء، مما يخرج على عوض، ولا يقصد فيه إلى فعل معروف، وذلك سداد ونظر من فعله يوم فعله فلا ينظر فيه الأب أو الوصي حتّى يكون غير سداد، بنماء أو حوالة سوق بزيادة فيما باعه، أو حوالة سوق بنقصان فيما ابتاعه، فقيل: إنه ليس له أن ينقصه، لأنه إنما ينظر في فعله يوم وقع، وعلى هذا تأتي رواية يحيى هذه، وما ذكرناه من رواية ابن نافع عن مالك في **المدونة** وما وقع لأصبغ في الخمسة، وقيل له: أن ينقصه لأنه إنما ينظر في فعله يوم ينظر فيه، وعلى هذا يأتي قول من قال في هذه المسألة: إن الخلع ماضٍ والمال مردود، وهو المشهور في المذهب. ويقوم ذلك أيضاً من قول أصبغ في **نوازله** من كتاب المديان والتفليس، وهو الذي يأتي على ما في كتاب كراء الأرضين من **المدونة** في أن ما اشترى الوصي من مال اليتيم، يعاد في السوق، لأنه قال: إنه يعاد، ولم يقل: إنه ينظر إليه يوم ابتاعه إن كانت قيمته يوم النظر فيه أكثر، وإذا قاله فيما اشترى الوصي من مال اليتيم، فأحرا أن يقوله فيما باعه اليتيم، وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لسحنون: ما تقول في اليتيمة البالغ إذا كرهت زوجها فافتدت منه وهي بكر لم يبن بها؟ هل ترى ما أخذ منها الزوج هل يسوغ له وما تركت له محطوطاً عنه؟ وكيف إن قامت بعد ذلك تطلبه فيما أخذ منها وما تركت له؟ قال سحنون: وأرى ذلك جائزاً عليها، ولازماً لها، ولا رجوع لها في شيء مما أعطته أو وضعت عنه.

قال محمّد بن رشد: هذا معلوم من مذهب سحنون إن البكر التي لم يـولَّ عليها بأب أو وصي، أفعالها جائزة، إذا بلغت المحيض، وهو قول غير ابن القاسم في كتاب النكاح الثاني من **المدونة**، ورواية زياد عن مالك، وقد قيل: إن أفعالها مردودة ما لم تُعنَّس أو تتزوج، ويدخل بها زوجها، وتقيم معه

مدة يحمل أمرها فيها على الرّشد قبل العام، وهو قول ابن الماجشون. وقيل: ثلاثة أعوام ونحوها. واختلف في حدّ تعنيسها على خمسة أقوال: **أحدها**: ثلاثين سنة، وهو قول ابن الماجشون، **وقيل** أقل من الثلاثين، وهو قول ابن نافع **وقيل** أربعون وهي رواية مطرف عن مالك وأصبغ **وقيل** من الخمسين إلى الستين. وهي رواية سحنون عن ابن القاسم **وقيل حتى تقعد عن المحيض** وهو قول مالك في المدنيّة من رواية ابن القاسم عنه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصّلاة

قال: وسمعت مالكاً يقول: إذا قال الرّجل: امرأتي طالق واحدة بائنة، للتي قد دخل بها، فهي ألبتة، لأنه لو قال هي بائنة، ولم يقل طالق واحدة بائنة، كانت البتة. قال: وإن قال هي طالق طلاق الخلع، كانت واحدة بائنة، وكذلك لو قال قد خلعت امرأتي أو باريتها، أو افتدت مني، لزمته طلقة واحدة بائنة، وكذلك يلزمه طلقة واحدة بائنة، إذا قال هي طالق طلاق الخلع. قال: فإن قال لامرأته: قد خيّرتك، فقالت: قد طلقت نفسي واحدة بائنة، إن ذلك ليس بشيء، لأن المخيرة ليس لها أن تقضي إلا بفراق ألبتة، أو تقيم على غير طلاق، قال: وإن قال لامرأته: قد ملكتك أمرك، فقالت: قد طلقت نفسي واحدة بائنة، فإن أنكر عليها احلف ما ملكها إلا واحدة، وكان أحق بامرأته، إن أراد ارتجاعها، ويكون الذي قضت به من قولها طلقت نفسي واحدة بائنة، وواحدة غير بائنة، وإن لم ينكر عليها فهي ألبتة، وذلك أنه إذا قال لها: هو من قبل نفسه من غير أن يملك امرأته امرأتي طالق واحدة بائنة، كانت ألبتة في رأيي.

قال محمّد بن رشد: قال في المخيّرة إذا قالت: قد اخترت واحدة بائنة، إن ذلك ليس بشيء، وكان القياس أن يكون ثلاثاً، كما يكون في

التمليك ثلاثاً، إلا أن يناكرها، وكما يكون ثلاثاً، إذا قال هو لامرأته: ابتداء من غير تمـليك ولا تخيير: أنت طالق واحدة بائنة، وكذلك في المدنية من رواية عيسى عن ابن القاسم: إن الرجل إذا ملك امرأته ألبتة، فقالت: قدطلقـت نفسي واحدة بائنة، إنها ثلاث وليس له أن يناكرها، وأنه إذا ملكها فطلقت واحدة بائنة فهي ثلاث، إلا أن يناكرها، ووجه رواية يحيى أنه إذا خيّرها، فإنما جعل لها أن تختار ثلاثاً أو تترك، فإذا قالت: قد اخترت واحدة بائنة، كانت بقولها واحدة، قد تركت ما جعل إليها، واتهمتْ في قولها بائنة، إنها نادمة، ولم يصدق فيها، وواحدة هي من ألفاظ المملكة، فإذا وصفت ببائنة، قيل لها: هي ثلاث، إلا أن يناكرها، وأما قوله في الذي قال لامرأته: أنت طالق طلاق الخلع، أو قد خالعتك، أو باريتك، إنها طلقة بائنة، فقد مضى ذلك وما فيه من الاختلاف في رسم إن خرجت من سماع عيسى، وبالله التوفيق.

ومن كتاب المكاتب

وسألته عن امرأة سألت زوجها النفقة عند خروجه إلى سفره، وقالت: لا أضع ذلك عنك إلا أن تجعل أمري بيدي، إنْ أقمت أكثر من سنة، فقال: بل أجعل أمرك بيد فلان، إن أقمت عنك أكثر من سنة، فأجابت وفعل الرّجـل. فلما أقام أكثر من سنة، أراد الرّجل أن يطلق عليه، وكرهت المرأة فقال: قال مالك: يجبر على اتباع قول المرأة، لأن ذلك إنما جعل بيده وثيقة لها.

قلت له: فإن لم ترفع ذلك إلى السلطان حتّى يطلق عليه، قال: أرى الطـلاق قد وقع على الرجل الذي جعل ذلك بيده، إلا أن يكون السلطان قد تقدم إليه ونهاه، وأعلمه أنه لا يجيز طلاقه، فإن تعدى أمر السلطان، لم يضر ذلك للذي جعل التمليك بيد هذا المتعدي.

قال محمّد بن رشد: قد مضت هذه المسألة في أوّل سماع عيسى من هذا الكتاب، ومضى القول عليه مستوفى في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب النكاح، فمن أحب الوقوف عليه تأمله هناك.

ومن كتاب الأقضية

قال يحيى: وسألت ابن وهب عن المرأة يجعل زوجها بيدها الخيار إلى أجل مسمّى، فلمّا حلّ الأجل، لم تقل شيئاً، ولم تقض بطلاق ولا غيره، ثمّ بدا لها بعد انقضاء الأجل: فأرادت أن تطلق نفسها بالذي كان من الخيار بيدها، فقال الذي أخذ به في هذه الأجل ولها في نفسها وليس لها بيدها من طلاقها شيء، إذا لم تقض به عند الأجل الذي جعل ذلك بيدها عنده، وهي عندي بمنزلة المرأة يخيرها زوجها وهما قاعدان، فلا تقضي شيئاً حتّى يقوم عنها ويفترقان من مجلسهما غير هارب عنها، ولا متعجل للقيام، ليقطع ما جعل بيدها، فلا يكون لها شيء ممّا كان أعطاها إذا لم تقض به حتّى افترقا من مجلسهما بحال ما وصفت لك، وكذلك الذي يجعل الخيار بيدها عند أجل من الآجال فتركته عند الأجل، أرى ألا شيء لها بعد انفصاله.

قال محمّد بن رشد: جعل ابن وهب حكم التي وجب لها التمليك بانقضاء الأجل، كحكم المواجهة بالتمليك في سقوط ما بيدها، بترك القضاء عند الأجل الذي وجب لها التمليك فيه، وذلك مثل قول أشهب في سماع رونان. ومثل قول ابن القاسم في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب النكاح خلاف المشهور من مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك وقد مضى القول على هذه المسألة موعباً في رسم حلف من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وفي غير ما موضع فلا معنى لإعادة ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّل عبد ابتاعه

قال: وسألته عن الرجل يصالح عن امرأته، أو عن رجل أجنبي، على أمر يدفعه إلى الذي يصالحه من مال الذي يصالح عنه، فإن أنكر ذلك المصالح عنه، فهو في مال المصالح. قال: وذلك جائز لازم للذي صالح، والغرم عليه إن كره الذي صولح عنه أن يقبل ما أوجب عليه المصالح من الغرم.

قلت: وإن اشترط المصالح على الرّجل أني إنما أدفع ما أصالح به من مالي، فإن أنكر الذي أصالح عنه، فأنا أقوم عليه بمثل ما كان يطلبه الذي صالحت عنه إن أنكر صلحي عنه وسخطه.

قال محمّد بن رشد: ظاهر قوله في هذه المسألة أنه إنما أوجب على المصالح غرم عن الزّوجة بغير إذنها أو عن الغريم الذي عليه الدين بغير إذنه، وهو منكر لما عليه من الدين، إذا لم يرض واحد منهما بالصلح من أجل أنه اشترط ذلك عليه، وهو ظاهر قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب ارخاء الستور من **المدونة** وقول ابن حبيب في **كتاب الوثائق**: إن المرأة ترجع على الزوج، ولا يرجع الزوج على من صالحه عنها إلا أن يشترط عليه الضمان، وهوخلاف قول ابن القاسم وروايته عن مالك في كتاب الصلح من **المدونة** وقول أصبغ في **الواضحة** وفي **نوازله** بعد هذا من هذا الكتاب من أنه إذا صالح ضامن، وإن لم يشترط عليه أنه ضامن، لأنه بمصالحته إياه أخرج امرأته من يده، أو طرح سائر دينه، فذلك كالمبايعة. وقال ابن دينار: إن صالح عن المرأة أبوها أو ابنها أو أخوها أو من له قرابة، فهم ضامنون، وأما غيرهم فلا، ولم يجب على ما سأله عنه من اشتراط المصالح عن الرجل، إنه يدفع ذلك من ماله، على أنه إن أنكر ذلك المصالح عنه اتبعه بمثل ما كان يطلبه به، للذي صالحه عنه، والجواب عن ذلك أنه لا يجوز، لأنه مخاطرة وغرر وشراء دنانير مجهولة، بدنانير معلومة، فذلك في الحرام البيّن الذي لا خفاء به، ولو اشترط أنه إن أنكر المصالح عنه، رجع في ماله، وأخذه لما جاز

ذلك أيضاً على قياس مسألة نوازل عيسى من كتاب المديان والتفليس، فتدبّر ذلك وبالله التوفيق. وأما إذا كان الذي عليه الدين مقراً بما عليه، فصالح عنه بغير ما عليه، ففي ذلك ثلاثة أقوال قائمة من **المدونة**. . **أحدها** أنه لا يجوز أن يصالح عنه بما يكون فيه مخيّراً بين أن يدفع ما عليه أو ما صالح به عنه إلا أن يكون التخيير يرجع إلى قلة وكثرة، **والثاني** إن ذلك جائز، وإن كان مخيّراً في كل حال، **والثالث** أنه يجوز إن كان التخيير يرجع إلى ما يجوز تحويل بعضه في بعض، ولا يجوز إن كان التخيير يرجع إلى ما لا يجوز تحويل بعضه في بعض، وهذه جملة سيأتي تفسيرها في غير هذا الموضع إن شاء الله تعالى، وبه التوفيق.

ومن سماع سحنون من عبد الرحمان بن القاسم

قال سحنون: وسألت ابن القاسم عن المرأة تصالح زوجها على عبد في الحضر، فوجد به عيباً أو يموت، فتدعي المرأة أنه مات بعد الصلح، وينكر الزّوج، قال: على المرأة البينة أنه مات بعد الصلح، أو حدث به عيب بعد الصلح.

قلت له: فإن ثبت أنه مات بعد الصلح، لا يكون فيه عهدة قال: لا، وليس هو مثل البيع.

قال محمّد بن رشد: اعترض بعض أهل النظر قوله في هذه المسألة، على المرأة البيّنة أنه حدث به عيب بعد الصلح، وقال: هذا خلاف أصولهم في أن ما كان من العيوب يقدم ويحدث، ولا يدرى إن كان حَادثاً بعد العقد، أو قديماً قبله، القول فيه قول البائع، فكان ينبغي أن يكون القول قول المرأة في أن العيب لم يكن بالعبد يوم الصلح، أو لم يعلم أنه كان به يومئذ، إن كان مما يخفى، إلا أن يكون للزوج بينة أنه كان به عندها، وليس ذلك بصحيح، بل المسألة صحيحة، لا فرق بين العيب والموت إذا وجد العيب بالعبد قبل القبض، لأن ذهاب البعض كذهاب الكل، وهو معنى المسألة،

وقد نصّ ابن حبيب على ذلك، وبين الفرق بين وجود العيب الذي يقوم ويحدث قبل القبض أو بعده في البيوع من الواضحة. فانظر ذلك، وقف عليه، والله المعين.

من سماع عبد المالك بن الحسن من ابن وهب

قال عبد المالك: سئل عبدالله بن وهب عن رجل اشتكت به امرأته أنّه يَضْرِبُها ويؤذيها، فكتب لها على نفسه كتاباً إن عاد إلى أذاها فهي مصدقة فيما تدعي من أذاه لها، وأمرُها بيدها، تختار نفسها بطلاق البتة، فلما كان بعد أيام، أشهدت تلك المرأة رجالاً وزوجها غائب عنها، أنّ زوجها قد عاد، إلى آذاها، وأنها قد طلقت نفسها، فأنكر الزوج أن يكون أذاها، وندمت المرأة فيما كانت أشهدت عليه الشهود من شكيتها الأذى، وطلقت نفسها ألبتة، وأنكرت أن يكون آذاها وزعمت أنها لعب بها وخُدعت حتّى كذبت على زوجها، فهل يلزمها وزوجها ما كان من طلاقها نفسها ويجوز قولها: إن زوجها آذاها حتّى أشهدت على طلاقها نفسها، ولا يعرف ذلك إلا بما قالت يومئذ، فقال: قد بانتْ منه بالبتة، ولا تحل له حتّى تنكح زوجاً غيره، لأنه قد أعطاها التصديق، وجعل القول قولها، وقد زعمت الضرر واختارت عليه نفسها. فلم يبق بيده ولا بيدها قليل ولا كثير، ولا ينفعها ندمها بعد ذلك، وتكذيبها نفسها، وقولها: خُدعت ليس بنافعها بعد وقوع الطلاق عليها. وقال أشهب: سواء في جميع ذلك رجوعها، لا رجوع لها، ولكن ينظر متى ادّعت أنه قد أتى إليها ما وجب لها به التمليك وفارقت، فإن كان بين ذلك الأيّام، أو أقرت بأنها لم تفارقه إلا بعد افتراقهما من المجلس الذي آذاها فيه، فلا خيار لها، لأنها تركت الخيار حين وجب لها، وإن كان ذلك قريباً أو كانت قد قالت أو تقول الآن إنما

قلت لكم: إني اخترت في المجلس، فقد وجب الفراق بينهما، وإن أنكرت أو كذبت نفسها.

قال محمّد بن رشد: قول أشهب: إنها إن أقرَّتْ أنها لم تفارقه إلا بعد افتراقهما من المجلس الذي آذاها فيه، فلا خيار لها، هو مثل قول ابن وهب في رسم الأقضيّة من سماع يحيى: إن ذلك بمنزلة المواجهة بالتمليك سواء، يسقط حقّها بانقضاء المجلس الذي وجب لها فيه التمليك، على قول مالك الأوّل، ومثل قول ابن القاسم في رسم شهد من سماع عيسى من كتاب النكاح، خلاف المشهور من قوله وروايته عن مالك، والذي يأتي في هذه المسألة على المشهور من قول مالك، إن ذلك بيدها وإن طال الأمر بعد الوقت الذي وجب لها فيه التمليك، بأذاه إيّاها إذا منعته نفسها، بدليل امتناعها منه كالأمة تعتق تحت العبد، وقد مضى هذا المعنى مشروحاً مبيَّناً في رسم حلف من سماع ابن القاسم قبل هذا. وأما قول ابن وهب في إعمال التصديق الذي جعل إلى الزوجة، وامضاء الطلاق عليها، فلا اختلاف فيه، إذا لم يكن ذلك شرطاً في أصل العقد، وقد اختلف إذا كان التمليك بشرط التصديق في الضرر، مشترطاً في أصل العقد. فروي عن سحنون أنه قال: أخاف أن يفسخ قبل البناء، فإن دخل بها فلا يقبل قولها إلا ببينة على الضرر. وكان ابن دحون يفتي بأن من التزم التصديق في الضرر، إن ذلك لا يلزمه، ولا يجوز إلا بالبيّنة، ومن هذا المعنى مسألة الذي يزوج أجيراً لـه جارية له على أنه إن رأى منه أمراً يكرهه، فأمرها بيده، وقد مضى القول فيها في أوّل رسم من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، فقف عليه، فإن الاختلاف الذي ذكرته فيها داخل بالمعنى في شرط التصديق في الضرر في أصل العقد، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن رجل قال لامرأته: اختاري، فنقلت متاعها، فسئلت فقالت: لم أرد شيئاً، فقال: إن لم تكن اختارت فلا شيء لها.

قال محمّد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفاً في رسم كتب عليه من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مَسْألة

وقال أشهب: في رجل طلق امرأته تطليقة ثمّ قالت له: أنا أعطيك عشرة دنانير، على أن لا تراجعني، فقال: إن شاء راجعها، فإن راجعها ردّ عليها العشرة.

قال محمّد بن رشد: قول أشهب هذا، خلاف قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى، وليس خلافاً لما في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم، لأنها مسألة أخرى، لا اختلاف فيها. وقد مضى القول هناك، وفي سماع عيسى، وظاهر قول أشهب هذا إن الأمر لا يلزمه وإن قبض العشرة، وله أن يردّها بعد أن قبضها ويراجعها، وهو بعيد، لأنه إذا قبض العشرة، فقد ألزم نفسه ما واجبته[1] عليه المرأة من إسقاط حقّه في مراجعته إيّاها، ولزمته بذلك طلقة واحدة، قولاً واحداً. وإنما الخلاف إذا قال لها لمّا جاءته بالعشرة: لا آخذها، ولا أترك حقّي في المراجعة، لأني لم أوجب ذلك على نفسي، وإنما وعدت به، وذلك على قياس المسألة التي مضى الكلام عليها في أوّل سماع ابن القاسم، وهي إذا قالت المرأة لزوجها: خذ مني عشرين ديناراً، وفارقني، فلمّا جاءته بها قال: لا آخذها ولا أفارقك ويدخل فيها القول الثالث، وهو الفرق بين أن تبيع بالعشرة متاعها، وتكسّر بها عُروضها، وبين أن تأتيه بها من غير شيء تفسده على نفسها، فينبغي ألا يحمل قول أشهب على ظاهره، وأن يتأول على ما يصح، فيقال: إن معنى قوله: ويرد العشرة أي يتركها، ولا يأخذها منها، وذلك جائز في الكلام، كما يقول الرّجل رددت السلعة بالعيب، وإن كان لم يقبضها بعد، لأن ما وجب للرجل قبضه، فكأنه قد قبضه، وإذا حمل قول أشهب هذا على أنه لم يقبض

---

(١) كذا

العشرة، احتمل أن يحمل ما في رسم إن خرجت من سماع عيسى على أنّه قبض العشرة، فلا يكون ذلك اختلافاً من القول، وبالله التوفيق.

ومن سماع أصبغ بن الفرج من ابن القاسم من كتاب النّكاح

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول فيمن ملّك امرأته نفسها فقالت: اخترت أمري، فسُئلت ما أردْتِ بذلك، فقالت: الصلح فتفرقا على ذلك ثم علم أنه صلح، فلا يراجعها إلا بنكاح جديد، وإن خيّرها فقالت مثل ذلك، فهو سواء، وهو صلح إذا كان قد رضي بذلك. قيل له: إنما ظنّ أنه يلزمه، فقال: أليس قد رضيا وافترقا على الرضا. قال: هو صلح، قال أصبغ: هذا الجواب على رأي من لا يرى قولها: اخترت أمري ولم تسمّ الصلح، وأراد به شيئاً. وأنا لا أرى ذلك الرأي، لأن قولها اخترت أمري في الخيار والتمليك فراقاً(٢) لأنه عندي جواب له للكلام إلى آخر قول أصبغ.

قال محمّد بن رشد: إنما ألزمه الصلح الذي قالت المرأة إنها أرادته بقولها: قد اخترت أمري في التخيير والتمليك، لرضى الزّوج به، وافتراقهما عليه، ولو لم يرض به، وأنكره لم يلزمه شيء في المسألتين جميعاً، لأنّه يرى قولها: اخترت أمري طلاقاً. هذا ظاهر الرواية، ومعنى ذلك: إذا قالت أردت الصلح أو رضيت الصلح به، وأما إن قالت: إنما أردت بذلك أني اخترت طلقة الصلح، أو طلاق الصلح، لا تنبغي إلا يكون في التخيير شيئاً، وأن يكون له أن يناكرها في التمليك، بمنزلة إذا ملكها أو خيّرها فقالت: قد اخترت واحدة بائنة، على ما مضى في رسم الصلاة من سماع يحيى. وقد مضى القول على ذلك هنالك. ولا اختلاف في قولها اخترت نفسي إن ذلك

(٢) كذا.

ثلاثاً، ولا تسأل المرأة عمّا أرادت بذلك، ولا في قولها قبلت أمري إنها تسأل فيما أرادت بذلك، واختلف في اخترت أمري وقبلت نفسي، فذهب أصبغ إلى أنهما جميعاً ثلاث ثلاث، ولا تسأل ما أرادت بذلك، وذهب أشهب إلى أنها تسأل فيهما جميعاً. وذهب ابن القاسم، تسأل في اخترت أمري، ولا تسأل في قبلت نفسي. فهذا تحصيل القول في هذه الأربعة ألفاظ، وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ: سئل ابن القاسم عن رجل له أربع نسوة، فسافر، فقدم بخامسة، فزعم أنه قد كان خيّر امرأة من نسائه، فاختارت نفسها وسمّاها، وقالت المرأة: لم يخيرني، قال: لا يقبل قوله، ويفرق بينه وبين الخامسة، ويُدرأ عنه الحد فيها إن كان أصابها، وتطلق عليه المرأة التي زعم أنه كان خيّرها فاختارت، وتستقبل العدة من يوم أظهر وأخبر أنه خيّرها، وتستبرىء الأولى التي تزوجها، وفرق بينهما نفسها بثلاث حيض، إن كان أصابها ودخل بها، ثمّ يكون خاطباً من الخطاب فيها قال أصبغ مثله، وقال: فإن صدقته المرأة في الخيار وفي الاختيار، فلا يصدق، ولا ينتفع بذلك، والجواب فيها على جواب التكذيب والإنكار سواء في جميع ذلك.

قال محمّد بن رشد: قول أصبغ تفسير لقول ابن القاسم، والمسألة كلّها بينة صحيحة، لأنه يؤخذ في الحكم الظاهر بما أقر به على نفسه من طلاق التي خيّرها فاختارت نفسها، ولا يصدق في الباطن على ذلك، لأنه مدّع فيه ليصح له نكاح الخامسة، فعليه إقامة البيّنة على ذلك. وقوله: إنها تستقبل العدّة من يوم أظهر وأخبر أنه خيّرها، معناه العدة التي يباح لها بالحكم أن تتزوج بانقضائها، وأما العدة التي تحل بها للأزواج في باطن الأمر فيما بينها وبين الله، فمن يوم خيرها واختارت نفسها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسمعته وسئل عن الرّجل يُرسل إلى امرأته يملكها أمرها، ثمّ يبدوله قبل أن يُبلِغ لها ذلك الرّسول، وكيف إن توانى الرّسول، فذهب غيره ممن سمع ذلك منه إليها، فقالت: قد اخترت نفسي، قال: قد وقع الفراق في هذا الوجه وخرج ما كان في يده، وليس له أن يرد الرسول إذا كانت الرّسالة على الإجماع، وإنما هو بمنزلة الكتاب إذا كتب على الإجماع، فليس له أن يحبسه إلا أن يكون حين كتبه أراد أن يستشير وينظر، فذلك له،

قال محمّد بن رشد: قوله: وليس له أن يردّ الرسول إذا كانت الرسالة على الإجماع، يدل على أنه إذا كانت الرسالة على غير الإجماع، وعلى أنه يرد الرسول إن أحبّ فذلك له، ولا اختلاف في هذين الوجهين البينين، وإنما الاختلاف إذا أرسله ولم تكن له نية على ما هو محمول، فحمله في المدونة على الإجماع حتى يريد غيره الإجماع، وفي رسم العتق من سماع عيسى على غير الإجماع حتى يريد الإجماع، وقد مضى القول على ذلك هنالك، ولا أعلم في الكتاب اختلافا أنه إذا كتبه، ولا نيّة له، أنه محمول على الإجماع. ويلزمه الطلاق، ولا في أنه أكتبه على أن ينظر ويستشير، فإن رأى أن ينفذه أنفذه، وإن رأى ألا ينفذه، لم ينفده، فأرسل به ولا نيّة له أن الطلاق قد لزمه حسبما ذكرناه في سماع أشهب من كتاب طلاق السنة، واتفاقهم على هذا في الكتاب يقتضي على اختلافهم في الرسول، ويبين أن الأصح من القولين في ذلك ما في المدونة، وبالله التوفيق.

من مسائل نوازل سئل عنها أصبغ

وسئل عن رجل صالح امرأته، وادعى أنه صالحها على عبدها فلان، وادعت أنها صالحته على عشرة دنانير، وأنكرت دعواه في العبد، فأقام شاهدين، فشهدا أنه إنما صالحها على العبد، وأقامت

هي أيضاً شاهدين أنها صالحته على عشرة دنانير، وزعم الشهود الأربعة أنهم حضروا صلحهما في يوم واحد، وساعة واحدة، وكلمة واحدة، فقال شاهدان: لفظ لفظة، فصالح فيها على العبد ورضيت، وقال آخران: بل تلك اللفظة التي لفظها قد حضرناها معكم. إنما صالحها على عشرة دنانير. قال أصبغ: هذه بينة قد أكذبت بعضها بعضاً اجتمعت على أن اللفظة كانت واحدة، واختلفتا فيما وقع به الصلح، فأرى الشهادة كلها مطروحة، لأن البينة متكافئة ومكذبة بعضها بعضاً، كأنها لم تشهد أصلاً، فإن شاء الزوج أخذ العشرة التي أقرت بها المرأة فذلك، وإلا فقد تمّ الصلح ولا شيء له.

قلت: فإن ادّعى الزّوج حين شهدت البينتان، أنه صالحها بالأمرين جميعاً: الدنانير، والعبد، قال: ذلك سواء، لأن البينة قد أكذبت بعضها بعضاً فهي مطروحة.

قال محمّد بن رشد: قول أصبغ هذا صحيح على مذهب ابن القاسم، لأنه لم يختلف قوله في أن الشهود إذا اختلفوا هكذا في نوعين، وتكافت البينتان أنهما تسقطان، وإنما اختلف قوله إذا شهدت إحدى البينتين بأكثر ممّا شهدت به البينة الأخرى، فمرّة قال: إنه يؤخذ بالبينة التي زادت، وهو المشهور من قوله، ومرّة قال: إنهما إذا تكافأتا سقطتا، كاختلافهما في النوعين. والقولان في المدونة. وقد فرق بين أن تكون الزّيادة في المعنى دون اللفظ، مثل أن تشهد إحدى البينتين بمائة، والثانية بخمسين، وبين أن تكون الزيادة في اللفظ والمعنى، مثل أن تشهد إحدى البينتين بمائة وخمسين والثانية بمائة، وهي تفريقة حسنة، لها وجه ظاهر. وقد روى المدنيّون عن مالك، أن الشهود إذا اختلفوا في النوعين، قضى بشهادتهما جميعاً، ولم يجعل ذلك تكاذباً، فعلى قوله: إن ادعا الزّوج العبد والدنانير، قضى له بهما جميعاً، وإن ادعا العبد، قضى له به بشهادة من أحقّه له، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الرّجل يقول لامرأته: أنت صلح، أو أنت طالق طلاق الصلح، أو قد صالحتك، أو يقول للناس: اشهدوا أني قد صالحت امرأتي والمرأة حاضرة أو غائبة عالمة أو لم تعلم، راضية أو كارهة، قال: فذلك كله سواء، وهي طالق طلقة بائنة، لا رجعة له عليها، أخذ منها شيئاً أو لم يأخذ، فذلك كله سواء، وكذلك إن قال لها: أنت مبارية، أو قال: قد طلقتك طلاق المباراة، أو باريتك، أو قد باريتها، رضيت بذلك أو لم ترض، فهي طالق طلاق المباراة، وطلاق الصلح في كل ما سألت عنه. قال لي: وأما قوله: أنت طالق طلقة بائنة، فهذه كقوله: أنت بائنة. وألغى قوله أنت طالق طلقة لقوله بائنة، فهي بائنة. وكذلك حين قال: أنت طالق طلاق الصلح ألغى قولَه: أنت طالق، وجعله صلحاً، وضعف قول من يقول: إن قوله أنت طالق طلاق الصلح، وقوله قد صالحتك، ولم ترض إن ذلك ثلاث.

قال محمّد بن رشد: هذا كله مذهب ابن القاسم. وقد مضى في رسم إن خرجت من سماع عيسى بيان مذهبه في ذلك وما فيه من الاختلاف فلا معنى لإعادته، وتكررت المسألة أيضاً في رسم الصلاة من سماع يحيى، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: فيمن اشترط لامرأته كل امرأة يتزوجها عليها فأمرها بيدها، فتزوّج عليها سرّاً وكتمها، ثمّ طلق التّي شرط ذلك لها قال ذلك بيدها وإن طلقها.

قال محمد بن رشد: ابن الماجشون لا يرى بيدها شيئاً من ذلك بعد

طلاقها، ومعناه في الطلاق البائن على ما روي عن سحنون وقد مضت المسألة والقول فيها في سماع أصبغ من كتاب النكاح، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن نافع عن الرجل يأتي الجماعة فيقول لهم: اشهدوا أني قد خالعت امرأتي على كذا وكذا ديناراً، والمرأة غائبة، هل ترى لهذا خلعاً، حضرت المرأة، أو غابت أمضت الخلع أو أنكرته؟ قال: أراه خلعاً بائناً، وتطليقة بائنة إلا أن يكون أراد أكثر من ذلك منها، فيكون إلى ما أراد به من الأكثر، ويقال للمرأة إذا حضرت أتمضين الذي ادعا عليك من عطيتك له في خلعك أم لا تمضين؟ فإن أمضته له فكسبيل ذلك، وإن أبت مضى الخلع وكانت أملك بنفسها، وحلفت له أنها لم تعطه شيئاً ولم يكن له من الذي ادعاه من عطيتها قليل ولا كثير، ويمضي الخلع.

قال محمد بن رشد: قوله: ويقال للمرأة إذا حضرت أتمضين ما ادعا عليك من عطيتك له أم لا تمضين؟ يدل على أنه إنما أراد بقوله في مغيب المرأة: اشهدوا أني قد خالعت امرأتي على كذا وكذا، أي اشهدوا عليّ أني قد خالعتها قبل هذا فيما بيني وبينها على كذا وكذا. وهذا ما لا اختلاف فيه، أن الخلع له لازم، فإن أقرت المرأة بما ادعا عليها أنها سمَّتْه له على الخلع لزمها، وإلا حلفت وسقط عنها والطلاق لازم له على كل حال، وإنما الاختلاف إذا قال لهم وهي غائبة: أشهدكم أني قد خالعتها لقوله هذا على كذا وكذا، هل يلزمها الخلع إن لم ترض أن تعطيه ما خالع عليه أم لا؟ على قولين وقد مضى ذلك في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لأصبغ: ما تقول في البكر يزوجها وليها، ثمّ يباريها وليّها

من زوجها برضاها، أو تباري هي عن نفسها، ووليُّـها ليس بوالد ولا وصي؟ وكيف إن كانت صغيرة لم تبلغ المحيـض زوجها أبوها ثمّ هلك عنها، فباراها زوجها قبل بلوغها وقبل دخوله بها، ثم تنتقض وتطلب نصف صداقها؟ وكيف أن يباريها إلا بحميل يحمل له بما أدركه من قبلها في نصف صداقها؟ هل يلزم الحميل حمالته إن رأيت أن لها نصف الصداق؟ قال: لا يجوز عليها ما بارت به ما دامت في حال الصغر ولم تحض، أو السفه بالضعف، وحد الولاية لو كان لها وليّ، فهذا يرد ما أعطت أو بارت به عليها متى ما قامت، ويمضي الفراق على كل حال بينهما، لأنه طلاق من الزّوج. وهذه مثل الذي يبارا عنها بغير علمها من أب أو أخ، فيمضي الفراق، ولها الرجوع على زوجها بما وضع له، أو أعطى من مالها بغير علمها، فالصغيرة والسّفيهة واحدة، فافهم، والحميل الـذي ذكرت في مسألتك للمباراة وما لحق بها ضامن، إن كان ممن لا يولى على مثله أيضاً، فالحميل ها هنا والذي بارا عن المرأة بغير علمها ولا أمرها، سواهما غارمان، غير أن الزوج في هذا يرجع على الذي عامله إذا رجعت عليه المرأة، والذي بارا عن الصبيّة لا يرجع بشيء، لأن الصبي لا يرجع عليه، والصبية بمنزلة السفيه الذي يبيع فيبطل ثمنه عنه، ولا يكون للمشتري عليه فيه رجعة، وكذلك حميله. وحميلة أولى بالبعد من الرجوع بالصبية في مسألتك بهذا المجرى.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنّ البكر التي لا أب لها ولا وصي، إذا بارا عنها وليها، أو بارتْ هي عن نفسها، وإن الصغيرة التي يزوجها أبوها فيهلك عنها، ثمّ يباريها زوجها قبل البناء بها، يمضي الفراق عليه، ويرجع بما وضعت من صداقها وهي صغيرة أو بكر سفيهة، أو وضعه وليها إذا لم يكن أباً ولا وصيّاً، بمنزلة الذي يباري عنها بغير علمها أبوها أو أخوها يمضي الفراق على كلّ حال، لأنه طلاق من الزوج، وترجع على زوجها بما وضع أو

أعطى له من مالها بغير علمها صحيح على مذهب ابن القاسم خلاف قول سحنون في البكر التي لا أب لها ولا وصي، إن أفعالها جائزة، وقد مضى ذلك له في رسم الصبرة من سماع يحيى، وقوله: إن الحميل الذي تحمّل للزوج بما أدركه من قبل البكر، أو الصغيرة، في مباراته إيّاهما ضامن إن كان لا يولى على مثله صحيح أيضاً، لا اختلاف فيه وسواء أقام الولي عنها فأبطل ما وضعت عن الزوج، أو قامت هي عن نفسها، إلا أن يكون إنما تحمل بما أدركه منها، فلا يلزمه ضمان، إلا أن تكون هي القائمة في ذلك عن نفسها. قاله في **نوازله** من كتاب الكفالة والحوالة. وقوله: والحميل ها هنا، والذي بارا عن المرأة بغير علمها ولا أمرها سواهما غارمان، هو مثل ما في كتاب الصلح من **المدونة**. ومثل قول أصبغ في **الواضحة** إن المصالح ضامن وإن لم يشترط عليه للضمان، خلاف ظاهر ما في كتاب إرخاء الستور من **المدونة**. وما مضى في أوّل رسم ابتاعه من سماع يحيى. وما ذكر ابن حبيب في **كتاب الوثائق**، إنه لا ضمان عليه إلا أن يشترط عليه الضمان. وأما قوله: غير أن الزوج يرجع في هذا على الذي عامله إذا رجعت عليه المرأة، والذي بارا على الصبيّة لا يرجع بشيء، فمعناه: غير أن الزوج يرجع في هذا على الذي عامله، وعلى الحميل الذي تحمل له إذا رجعت عليه المرأة، والذي بارا الصبية ولم يباره عنها أحد، لا يرجع بشيء إذا لم يأخذ ضامناً. وأمّا إذا أخذ ضامناً من الصبيّة في مباراته إياها، فإنه يرجع عليه، كما يرجع على الذي بارا عن المرأة بغير علمها ولا أمرها، وإنما تفترق المسألتان، إذا لم يأخذ ها هنا من الصبيّة في مباراته إياها، فلا يرجع عليها. ويرجع على الذي بارا عن المرأة بغير علمها ولا إذنها، وإن لم يقل أنا ضامن، وقد قيل: إنه لا ضمان عليه إلا أن يشترط عليه الضمان ذكرناه. ولابن دينار في المدينة قول ثالث إنه إن كان أبا أو ابناً أو أخاً فهم ضامنون، وأما غيرهم فلا، وبالله التوفيق.

مسألة

قيل لأصبغ: فالرجل يصالح امرأته على عبد آبق وعلى إن

أعطاها هو عشرة دنانير، فقال: ينظر إلى قيمة العبد يوم وقع الصلح، فإن كانت قيمته أكثر من عشرة دنانير، ردت المرأة العشرة إلى الزوج، وكان لها من العبد مقدار العشرة، وللزوج ما بقي، مثل أن تكون قيمته خمسة عشر، فيكون لها ثلثاه، وللزوج ثلثه. قال أصبغ: فإن كانت قيمته عشرة فأدنى أمضيت ما صنعا، ومضت العشرة للمرأة والعبد للزوج، وجعلته بسبيل الصلح، كأنها صالحته على العبد الآبق وحده، أو كأنه صالحها على العشرة وحدها. قيل له: فإن كان مكان العبد ومسألتي على حالها جنينٌ أو ثمرة لم تطب أو لم تُوبَرْ متى ينظر إلى قيمة ذلك؟ قال أصبغ: أمّا في الجنين، فقيمته يوم ولدته أمّه وتمّ، لأنه قبل ذلك لم يكن شيئاً، وفي الثمرة التي لم تُوبر ينظر لقيمتها يوم أبرت، لأنها لم تكن قبل ذلك شيئاً. وقد صارت الآن ثمرة تصير للبالغ إن باع أو يشترط وإن لم تطب فيوم وقع الصلح، لأنها كانت بعد ثمر، إلا أنها كانت في حال غرر وخوف ورجا، كحال العبد في إباقه.

قال محمّد بن رشد: لم يجر أصبغ في هذه المسألة على أصل، لأنه نقض البيع فيما قابل العشرة من الآبق، وجعل للخلع من الآبق ما زاد على العشرة، وقال: إنه إذا لم يكن في قيمة الآبق زيادة على العشرة، مضى البيع بينهما، ولم ينقض، وكان يلزم إذا نقض البيع فيما قابل العشرة من الآبق، أن ينقض البيع في جميعه إذا كانت العشرة مقابلة لجميعه، ولم يكن في قيمته زيادة على العشرة، وكذلك لأصبغ في كتاب ابن المواز أنه إن كانت قيمته عشرة فأدنى، ردت العشرة إلى الزّوج، والآبق إلى المرأة. وهو الذي يطرد على أصله، وكذلك لم يجر أيضاً على أصل واحد في تقويم ما سمت المرأة للزوج من الغرر، إذ قال في العبد الآبق وفي الثمرة التي قد أبرت ولم يبد صلاحها إنه ينظر إلى قيمة ذلك يوم وقع الصلح، يريد على غرره، لو كان يُحمل بيعُه على ذلك. وقال في الجنين: إنه ينظر إلى قيمته يوم ولدته أمه، وكان يلزمه أن

يقول في الجنين، قيمتُهُ يوم وقع الصلح به على غرره، كما قال في الثمرة التي لم تطب، وفي العبد الآبق، أو أن يقول في الثمرة والآبق: إن القيمة تكون في ذلك يوم يحل البيع بطياب الثمرة ووجود العبد الآبق كما قال في الجنين: إن القيمة تكون فيه يوم يحل بيعه، وهو يوم ولادته ،وكذلك قال سحنون: إن القيمة تكون في الآبق والشارد والجنين، يوم يقبض ذلك الزوج. وأما قوله في الثمرة التي لم توبر: إن القيمة تكون فيها يوم الابار، فهو خارج عن ذلك كله، إذ لم يقل: إن القيمة تكون فيه يوم وقع الصلح على غررها، على ما قال في الآبق والثمرة التي أبرت، ولم يبد صلاحها، ولا قال: إن القيمة تكون فيها يوم الطياب على ما قال في الجنين. وقول أصبغ في هذه المسألة يأتي على قياس قول ابن نافع ومطرف في المصالح بشقص فيه شفعة عن مُوضحتين، إحداهما عمداً والأخرى خطأً لأنه لم يجعل من قيمة الآبق للخلع الذي هو مجهول إلا ما زاد على العشرة دنانير، المعلومة، كما لم يجعل ابن نافع ومطرف من قيمة الشقص لموضحة العمد المجهول ديتها، إلا ما زاد على موضحة الخطا المعلوم ديتها، إلا أنه نقض أصله في آخر المسألة، والذي في كتاب ابن المواز هو الذي يطرد على أصله، والذي يأتي فيها على قياس قول ابن القاسم في المُوضحتين، إذ جعل نصف الشقص للموضحة العمد، ونصفه للموضحة الخطأ؛ إذ قال: إن الشفيع يأخذ الشقص بالشفعة بدية موضحة الخطأ وبنصف قيمة الشقص أن يكون نصف الآبق العشرة دنانير، ونصفه للخلع للذي هو مجهول، فيفسخ البيع في نصفه، وترد المرأة العشرة دنانير إلى الزّوج، ويكون لها نصف الآبق، ونصفه للزوج. والذي يأتي فيها على قياس قول المخزومي الذي جعل الشقص للموضحة العمد، وحمل على ذلك دية موضحة الخطأ أن ينظر إلى قيمة الآبق، فيضم إلى ذلك العشرة الدنانير، ثمّ ينظر ما يقع للعشرة من الجميع، فإن كان يقع من ذلك الثلث، علمت أنه يقع للعشرة دنانير من العبد الآبق الثلث، وللخلع الثلثان، فيفسخ البيع في الثلث، وترد العشرة إلى الزوج، ويكون للزوجة من العبد الثلث الذي انفسخ فيه البيع، وللزوج الثلثان بالخلع، وهكذا قال سحنون في كتاب ابنه في هذه

المسألة، قياساً على قول المخزومي الذي استحسنه في مسألة الصلح بالشقص عن الموضحتين، إلا أنه قال: إن القيمة في العبد الآبق، تكون يوم يقبض ذلك الزوج على ما ذكرناه من مذهبه في ذلك، وإذا لم ير سحنون القيمة في العبد، إلا يوم يقبضه الزوج، فالذي يأتي على مذهبه في ذلك، أنه إن عثر على الأمر قبل القبض، مضى الطلاق على الزوج، وانفسخ البيع جملة في العبد الآبق، فرجع إلى الزوجة تطلبه لنفسها، ورجعت العشرة إلى الزوج، وكذلك يلزم على قول أصبغ في الجنين والثمرة التي لم توبر، إذ قال: إن التقويم في الجنين، لا يكون حتّى يوضع، ولا في الثمرة حتّى توبر، وإن عثر على ذلك قبل أن يوضع الجنين، وقبل أن توبر الثمرة أن يمضي الطلاق على الزوج وينفسخ البيع جملة في الجنين والثمرة، إذ لا يصح إن عثر على الأمر قبل الوقت الذي يصح فيه التقويم أن يؤخر الحكم فيه إلى وقت يصح فيه التقويم، فتنتفع المرأة بالعشرة، وهي لا تجب لها، ولا بد من ردها، أو رد بعضها إلى الزّوج، وإن كان ابن لبابة قد ذهب إلى هذا فقال: قول أصبغ ليس له وجه يصح تأويله عليه، فلو قال يمضي الطلاق ويمهل في أمرها حتّى يرجع الآبق ويخرج الجنين، ويجوز بيع الثمرة، فإذا كان ذلك قوم الانتفاع بالعشرة على الرجا والخوف في الأمر الماضي من يوم تعاملهما، إلى يوم جاز البيع في العبد والجنين والثمرة، فيضاف ذلك إلى العشرة، ويكون للزوج من عبدها وثمرتها وجنينها هذه العدة، يباع ذلك فيها، والفضل للزوج إن كان في ذلك فضل، وإن لم يكن فضل ولم يكن له ولا عليه شيء، ومضى الطلاق عليه، ولو قال قائل يمضي الطلاق وله خلع مثله، كما روى عيسى عن ابن القاسم في رسم إن خرجت إذا خالع بثمر لم يبد صلاحه، إن الثمرة لها، وله عليها في مالها خلع مثلها، يريد لكان لذلك وجه، فأما هذا فله وجه كما ذهب إليه، وأما الأول فلا يصح من غير ما وجه. والله تعالى أعلم وبه التوفيق. ولا حول ولا قوة إلا بالله العلي العظيم.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من عبد الرحمان بن القاسم

قال أبو زيد: أخبرنا ابن القاسم عن الرّجل يقول لامرأته:

إن أنا أخذت من مال ابنتك شيئاً، فأمرها بيدك، فيأخذ منه ويستهلكه، فهل يكون في يد الأب ما جعل الزوج بيده؟ وكيف إن قالت الابنة لزوجها قد وضعت عنك ما جعلت لأبي، وهل ذلك إن كان في عقدة النكاح أو بعد عقدة النكاح واحد؟ قال ابن القاسم: إن كان ذلك من الأب عند شرط النكاح على وجه النظر لابنته، والاحتياط لها أو بعد عقدة النكاح، وتركت الابنة ذلك، فلا أرى أن يجوز فراق الأب، وأرى أن يجبر الأب على أن لا يفرق بينهما إذا رضيت الابنة بترك ذلك، إذا كانت مرضية الحال، وإن كانت غير مرضية الحال، فأرى قضاء الأب عليها جائزاً.

قال محمّد بن رشد: إنما شرط في تركها الشرط لزوجها، أن تكون مرضية الحال، من أجل أن الأب إنما اشترط ذلك عليه حياطة لمالِها، فإذا كانت ممن لا يجوز لها أمرها في مالها، لم يجز لها أن تضع الشرط عن زوجها فيه، وإن كانت ممن يرضى حالها ويجوز أمرها في مالها، جاز لها أن تضع الشرط عن زوجها، لأن الحق فيه إنما هو لها، إذ هي أملك بمالها منه. وأما إذا أخذ من مالها شيئاً واستهلك قبل أن تضع عنه الشرط، أو وهي ممن لا يجوز لها وضع الشرط، فالقضاء في ذلك، بيد الأب، فإن أحب الأب أن يفرق بينهما، وأحبّت هي الإقامة مع زوجها، فلم يعط في ذلك جواباً بيّناً. والذي ينبغي أن ينظر السلطان في ذلك، كما قال في رسم استأذن من سماع عيسى من كتاب النكاح، في الذي شرط على زوج ابنته أنه إن نكح عليها، فأمرها بيده، لأن حجة الأب بالضرر الداخل عليها في مالها، أقوى من حجته في الضرر الداخل عليها بالنكاح، وهذه المسألة بخلاف أوّل مسألة من سماع عيسى للمعاني المفرقة بينهما، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل دفع إلى رجل مالاً قراضاً واشترط عليه إن

أحدث فيه حدثاً فأمر امرأته بيد المقارض ما حدث، هل له من ذلك شيء أن يقضي؟ قال: نعم، إذا كان حدثاً بيّناً يعرف، فأرى ذلك بيد صاحب المال، وإنما هو بمنزلة اليمين إذا حدث فيه حدث، فامرأته طالق، فما كان يلزمه في نفسه، فكذلك إذا أحدث فيه حدثاً، كان مما جعل في تمليك امرأته بيد صاحب المال.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن التمليك يجر إلى الطلاق فهو يلزم بما يلزم به الطلاق من الشروط . ولا اختلاف في ذلك، والله الموفق.

مسألة

وقال في رجل ملك امرأته أمرها فقالت: ما أنت لي بزوج، وما أنا لك بامرأة، قال: هي البتة إلا أن يناكرها.

قال محمّد بن رشد: هذه الألفاظ وما أشبهها قال فيها في **المدونة**: إنها تكون طلاقاً إذا أريد بها الطلاق، فلما قالت ذلك المرأة جواباً لزوجها في التمليك، حُملت على أنها أرادت بها الطلاق. وأما قوله: إنها تكون ثلاثاً إلا أن يناكرها، فقد اختلف في ذلك، فقيل: إنها تكون واحدة، إلا أن يريد بها ثلاثاً. وقد مضى هذا في سماع أبي زيد من كتاب طلاق السنّة، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمّن شهد عليه شاهدٌ أنه خيّر امرأته، فاختارت نفسها، وشهد آخر أنه أقر عندهم أنه خيّر امرأته، وأنها اختارت نفسها فقال: أراها ألبتة، وأراها شهادة جائزة قد اجتمعا على التحريم جميعاً.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الشهادة على الرّجل أنه فعل

شيئاً، كالشهادة عليه أنه أقر أنه فعله، يثبت هذا بما يثبت هذا، ويوجب هذا ما يوجب هذا، فوجب أن تلفق الشهادة في ذلك، إذ لم يختلف الفعل والإقرار، ومثل هذا في كتاب الغضب وكتاب القذف من المدوّنة، ولا اختلاف فيه أحفظه في المذهب، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في رجل يجعل لامرأته بعد الدخول إن غاب عنها سنة فأمرها بيدها، فيغيب فتختار نفسها، فيأتي فيقول: لم أرد إلا واحدة، إنه يحلف ويكون أحق بها، إذا أدركها في عدتها، وإن لم يدركها في عدتها كان خاطباً من الخطاب.

قال محمد بن رشد: وهذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه إن له أن يناكرها إذا أنكر عليها ما قضت به من الثلاث ساعة علمه، وإن كان ذلك بعد مدة من اختيارها نفسها.

مسألة

وقال في الرّجل يقول للرّجل: كلما جاء شهر، وكلما حاضت امرأتي حيضة فأمرها بيدك، إنه يوقف الذي جعل ذلك بيده متى ما علم، فإن طلق الثلاث جميعاً جاز ذلك عليه، وإن أبا أن يطلق سقط ما بيده. قال: وإن أراد الزّوج أن يرجع فيما جعل بيده من ذلك قبل أن يوقف، فليس ذلك له.

قال محمّد بن رشد: مساواته في هذه المسألة بين أن يقول: كلما جاء شهر، وكلما حاضت امرأتي حيضة صحيح، على أصله في المساواة في تعجيل الطلاق بين أن يقول امرأتي طالق، كلما جاء شهر، أو كلما حاضت حيضة، لأن ما كان من الأجل يعجل فيه الطلاق، يعجل فيه التوقيت في التمليك. وقوله: فإن طلق الثلاث جميعاً جاز ذلك عليه، ليريد ولا مناكرة له في ذلك،

لأن لفظة كلما تقتضي التكرار، فكما يعجل عليه فيها الطلاق ثلاثاً في المسألتين جميعاً، فكذلك يكون للمملك بها أن يقضي بالثلاث فيهما جميعاً، ولا يكون للزوج في ذلك مناكرة، ويأتي على مذهب من رأى فيمن قال: كلما حاضت امرأتي حيضة فهي طالق، إنه لا يلزمه فيها إلا طلقة واحدة إن كانت أمة، أو تطليقتين، إن كانت حرّة، أن يكون للزوج أن يناكرها إن طلق المملك ثلاثاً في الحرّة، وتكون اثنتين، أو إن طلق اثنتين في الأمة، وتكون واحدة، ويأتي على مذهب أشهب فيمن قال لرجل: أمر امرأتي بيدك، كلما حاضت حيضة، إنه لا يوقف، ولا يكون بيده شيء حتّى تحيض، كلما حاضت ما بقي من طلاق ذلك المملك شيء، ولا يسقط ما بيد المملك في ذلك الوطء، لأنه على مذهبه، كمن قال: كلما فعلت فلانة كذا وكذا، فأمرها بيدك. وفي **مختصر ما ليس في المختصر**. أن من ملك امرأته أمرها أو رجلاً أجنبياً إلى أجل، أنه لا قضاء لواحد منهما في ذلك، حتّى يأتي ذلك الأجل، وللزوج أن يطأ إلى ذلك الأجل، كالتمليك إلى قدوم فلان سواء، والمشهور في المذهب تعجيل التوقيف في ذلك، كما يعجل الطلاق فيه على من حلف بالطلاق إليه، وأن الوطء بعلم المملك يقطعه، كانت الزوجة أو أجنبياً، وهو مذهب ابن القاسم. وقيل: إنه لا يقطعه وهو مذهب أصبغ وقيل: إنه يقطعه إن كانت الزّوجة هي المملكة، ولا يقطعه إن كان المملك أجنبياً. وهو قول ابن الماجشون واختيار ابن حبيب.

مسألة

قلت: فرجل نزلت به يمين، فأُفتي أن قد بانت منك امرأتك، فقال لها وللناس: قد بانت امرأتي، ثمّ علم أنه لا شيء عليه، فقال: لا ينفعه وقد بانت منه، إذا قال ذلك.

قال محمّد بن رشد: قد مضت هذه المسألة مكرّرة في رسم النكاح من سماع أصبغ من كتاب طلاق السنة. ومضى القول فيها هناك، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: فيمن جعل أمر امرأته بيدها، فقالت: قد فرغت، أو جعله في يد رجل فقال: قد فرغت إن ذلك مثل قولها وقوله قد قبلت، يُسأل وتسأل ماذا قبلا.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن قولها قد فرغت من الألفاظ التّي يحتمل أن يريد بها الطلاق، فوجب أن تُسأل عمّا أرادت بذلك مثل إذا قالت قد شئت، أو قد رضيت، أو قبلت، أو قد اخترت، وما أشبه ذلك، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن رجل كانت تحته امرأة، فتزوج عليها، فقالت له امرأته القديمة: هكذا تزوّجت عليّ، فقال الزّوج: إن لم أطلقها إلى رأس الهلال، فأمرك بيدك، فقالت: أشهدكم إن لم يطلقها إلى رأس الهلال، فقد اخترت نفسي بثلاث ألبتة. قال: إن لم يطلقها إلى رأس الهلال كما قال، طلقت امرأته التي جعل أمرها بيدها.

قال محمّد بن رشد: هذا من قول ابن القاسم خلاف قوله في المدونة ومذهبه المعلوم في رسم أوصى من سماع عيسى وغيره. مثل مذهب أصبغ وسحنون. وقد مضى القول في ذلك في رسم أوصى من سماع عيسى من هذا الكتاب، وفي رسم القطعان من سماع عيسى من كتاب طلاق السنة فلا معنى لإعادة شيء من ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في رجل قال لامرأته: إن أعطيتني عشرة دنانير طلقتك، فجاءته بها، فقال: قد بدا لي أن أطلقك، قال ذلك على وجه إن

كانت باعت متاعها، وكسّرت حليها في ذلك حتّى جاءته بها، فأرى الطلاق قد ثبت، ورأيته في معنى قوله يقول: وإن جاءته بها من غير أن تتكلف بيع دارها ولا حليها ولا متاعها، فذلك بيد الزّوج.

قال محمد بن رشد: هذه مسألة فيها ثلاثة أقوال. وقد مضى القول فيها مستوفى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته هنا مرّة أخرى، وبالله التوفيق.

كمل كتاب التخيير والتمليك

والحمد لله

كتاب طلاق السّنّة الأوّل

من سماع ابن القاسم من كتاب قطع الشجر

قال سحنون: أخبرني ابن القاسم قال: سمعت مالكاً يقول في الرّجل ينفق على ولده ولهم مال قد ورثوه من أمهم، فكتب عليهم ما أنفق، فلمّا هلك أراد سائرهم من الورثة أن يحاسبوهم ويحتجوا عليهم بالكتاب، قال: إن كان مالهم عنده موضوعاً، فليس عليهم غرم ما أنفق عليهم، إذا لم يقل ذلك عند موته، لأن الأب ينفق على ولده، وإن كان لهم مال، ومن أمْرِ الناس أن ينفق الرجل على ولده، ولهم المال، وإن كان مالهم في عرض أو حيوان، رأيت أن يحاسبوهم به، لأنه كتبه، وإنما اختلف ذلك، لأن المال الموضوع في يديه لم يكن يمنعه منه شيء، فلعله إنما كتبه يريد أن يلزمهم أو يتركه فتركه، وأما الذي كان في العروض والحيوان، فإنه يرى أنه يمنعه من ذلك بيعه، وكتب عليهم فيما يرى، والله أعلم. قال ابن القاسم: وهذا أحسن ما سمعت إليّ.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة تتفرع إلى وجوه، وقعت مفرقة في مواضع من هذا السماع، وفي رسم باع شاة من سماع عيسى، وفي سماع أبي زيد من كتاب الوصايا، يعارض بعضها بعضاً في الظاهر، فكان الشيوخ يحملون ذلك على أنه اختلاف من القول، وقوله: إنه لا اختلاف في شيء مما

وقع في هذه الروايات كلها، وبيان ذلك أن مال الابن لا يخلـو من أربعة أحوال: **أحدهــا** أن يكون عيناً قائماً في يد الأب، **والثاني**: أن يكون عرضاً قائماً في يده، **والثالث**: أن يكون قد استهلكه، وحصل في ذمته، **والرابع**: أن يكون لم يصل بعد إلى يده، فأما إن كان عيناً قائماً في يده، وأُلفي على حاله في تركته، فلا يخلو من أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها، فإن كتبها عليه لم تؤخذ من ماله، إلا أن يوصي بذلك، وهو دليل قوله في هذه الرّواية إذ لم يقل ذلك عند موته، وإن كان لم يكتبها عليه لم تؤخذ من ماله، وإن كان أوصى بذلك. قاله ابن القاسم في سماع أبي زيد من كتاب الوصايا وأما إن كان المال عرضاً بيده بعينه، أُلفي في تركته، فلا يخـلو أيضاً من أن يكون كتب النفقة عليه أو لم يكتبها، فإن كان كتبها حوسب بها الابن، وإن أوصى الأب ألا يحاسب بها، وهو ظاهر ما في هذه الرواية، ووجه ذلك أنه لمّا كتبها عليه دل على أنه لم يرد أن يتطوع بها، فوصيته ألا يحاسب بها وصية لوارث، وهو قول أصبغ في **الواضحة** إن المال إذا كان عرضاً لم تجز وصية الأب ألا يحاسب بها، ومثله لابن القاسم في **المدنيّة**. وإن كان لم يكتبها عليه حوسب بها، إلا أن يكون أوصى الأب ألا يحاسب بها فتنفذ وصيته. وهذا قول ابن القاسم في رسم باع شاة من سماع عيسى. **وأما الحالة الثالثة** وهي أن يكون الأب قد استهلك المال وحصل في ذمته، فإن الابن يحاسب في ذلك، كتب الأب عليه النفقة أو لم يكتبها، وهو قول مالك في رسم الشجرة بعد هذا، إلا أن يكون كتب لابنه بذلك ذكر حقّ، أشهد له به، فلا يحاسب بما أنفق عليه. قال ذلك مالك في رواية زياد بن جعفر عنه. وهو تفسير لما في الكتاب. **وأما الحال الرّابعة** وهو ألا يكون قبض المال، ولا صار بيده بعد، فسواء كان عيناً أو عَرْضاً، هو بمنزلة إذا كان عرضاً بيده. وقد مضى الحكم في ذلك. وما في رسم سلعة سماها، ورسم كتب عليه ذكر حق محتمل أن يكون تكلم فيهما على أن المال لم يصل إلى يده، أو على أنه قد أخذه واستهلكه.

وقد مضى الكلام على حكم الوجهين، ولا فرق بين موت الأب وموت الابن فيما يجب من محاسبته بما أنفق عليه أبوه، وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

وقال مالك في رجل دخل عليه رجل وعنده امرأته، فقال: ما هذه المرأة؟ قال: مولاة لي، هل لك أن أزوجكها؟ قال: نعم، فخرج، فكان يهزل. قال مالك: لا أرى عليه طلاقاً، إلّا أن ينوي ذلك. قال ابن القاسم: أرى أن يحلف ما أراد بذلك طلاقاً، ثمّ لا شيء عليه، ويؤدب.

قال محمّد بن رشد: لم ير مالك وابن القاسم على الرّجل في هذه المسألة طلاقاً في زوجته، وإن كان زوجها بعد قوله إنها مولاته، ومن قولهما إن بيْع الرّجل زوجته طلقة بائنة، كذا وقع لهما في سماع رونان من هذا الكتاب وفي سماع عيسى من كتاب الحدود، وفي سماع يحيى من كتاب العتق. وقد روي عن مالك أنها ثلاثة، كالموهوبة، وهو قول أصبغ، وأحد قولي ابن عبد الحكم، وتزويجه إياها كبيعه لها، سواء. كذا قال محمّد، فإنما لم يريا عليه طلاقاً في هذه الرواية من أجل أنه زوجها هازلاً، فقولهما في هذا ينحو إلى رواية الواقدي عن مالك، وفي سماع أبي زيد من كتاب النكاح، من أن النكاح لا يجب بالهزل، وإيجاب ابن القاسم عليه اليمين صحيح مبيّن لقول مالك، ومثله لعيسى في رسم لم يدرك من سماع عيسى من كتاب العتق. فإن حلف ترك مع زوجته، وإن نكل عن اليمين جرى ذلك على الاختلاف في الذي يقوم عليه شاهد بالطلاق، فينكل عن اليمين، فقيل: إنه يطلق عليه، وقيل: إنه يسجن حتّى يحلف، فإن طال ولم يحلف ترك، وقيل: إنه يحال بينه وبينها، ولا يسجن، فإن طلبت امرأته المسيس، ضرب له أجل المولى. **ولابن القاسم في المجموعة** في هذه المسألة أنها تحرم عليه بالثلاث، بنى بها أو لم يبن. وهو على قياس القول بأن تزويج الرجل امرأته بتات وأن هزل النكاح جدّ، وأما على مذهب من لا يرى النكاح في بيع الرّجل امرأته طلاقاً، وهو قول ابن وهب في سماع رونان وأحد قولي محمّد بن عبد الحكم، يبين أنه طلاق عليه في هذه المسألة، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: إذا ماتت المرأة أو طلقت أو اختلعت من زوجها قبل أن تُظهر الزّوج على عيبها فلا شيء له، قال سحنون: ويرجع بالصداق على الذي غره، وإن كانت هي غرته أخذ منها وترك لها ربع دينار، وكذلك لو كان الزّوج غرها من نفسه، ثمّ خالعته بشيء، ثمّ علمت بعيبه، رجعت عليه بما أعطته، لأنه قد كان لها أن تفارقه.

قال محمّد بن رشد: أما إذا ماتت المرأة قبل أن يظهر الزوج على عيبها، فلا اختلاف في أنه لا شيء للزوج في العيب الذي غرته به، لأنها إذا ماتت فقد وجب له ميراثه منها كالصحيحة سواء، وعيبها الذي كان بها من جنون، أو جذام وشبهه، لا يضر بعد موتها، وكان كمن اشترى عبداً وبه عيب، فلم يعلم حتّى ذهب، إنه لا شيء له فيه. وأما إذا طلقها أو خالعها فقال مالك: لا شيء له، وقال سحنون: له عليها الرجوع بعد الطلاق وبعد الخلع، فإن طلق قبل البناء رجع بجميع الصداق عليها إن كان نقده، وسقط عنه إن كان لم ينقده لأنه كان له أن يردها ويسقط عنه جميعه، وإن طلق بعد البناء رجع بجميع الصداق على الذي غره، وإن كانت هي غرته رجع عليها، وترك لها منه ربع دينار، وإن خالعها قبل البناء بأقل من صداقها، رجع عليها بتمام صداقها، وكذاك إنْ خالعها بعد البناء بأقل من صداقها، وكانت هي الغارة، رجع عليها ببقية صداقها، إلا أنه يترك لها من ذلك ربع دينار، وإن كان الولي هو الغار رجع عليه بتمام صداقها، وكان لها منه ما أبقت لنفسها ممّا لم يخالع عليه، وإن كان خالعها بمثل الصداق، أو أكثر منه، فذلك لازم لها وماض عليها، كان ذلك قبل البناء أو بعده، لأنه كان له المقام عليها. وجه قول مالك إن العيب لم يضره لما طلق أو خالع باختياره قبل أن يعلم به، فوجب ألا يرجع له بشيء، كمن اشترى عبداً فباعه قبل أن يعلم بالعيب، إنه لا رجوع له بشيء. ووجه قول سحنون: إنه لما رجع بضعها إليها

بالطلاق أو المخالعة أشبه الرد، فوجب للزوج الرجوع عليها بما يجب في الرد، كمن اشترى عبداً وبه عيب لم يعلم به حتّى باعه من بائعه، إن له الرجوع عليه بتمام الثمن، وكذلك إذا كان العيب بالزوج فلم تعلم به الزّوجة حتّى مات عنها أو طلقها أو خالعها، لا رجوع عليه بشيء عند مالك، وخالفه سحنون في المخالعة، فقال: إن كانت خالعته قبل البناء بأكثر من صداقها، رجعت عليه بالزّائد، وإن كانت خالعته بعد البناء، رجعت عليه بجميع ما خالعته به من قليل أو كثير، لأنه قد انكشف بما ظهر بالزوج من العيوب إن الرد كان لها، والصداق قد وجب لها بالدخول.

مسألة

وقال مالك في رجل وامرأة شهدا على رجل بطلاق امرأته وهو غائب: إنه ينفق عليها، وتطلب ذلك فإن ثبت ذلك اعتدت من يوم طلق، ولا غرم عليها فيما أنفقت، لأنه ألبس على نفسه.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنه ينفق عليها وتطلب ذلك، يريد أنه ينفق عليها من ماله إذا طلبت الزوجة ذلك، ويطلب[1] ثبْت ذلك بشاهد آخر يشهد مع الشاهد الأول، إذ لا تجوز شهادة النساء في الطلاق، فإن ثبت ذلك، يريد بشاهد آخر، اعتدت من يوم طلق، وذلك إذا اتفق الشاهدان على اليوم الذي طلق فيه، فإن اختلفا اعتدت من اليوم الآخر، لأن الشهادة تلفق على مذهب مالك، فتضاف الشهادة الأولى إلى الأخيرة، لا الأخيرة إلى الأولى، ولو لم يذكر اليوم الذي طلق فيه، فمات[2] (كذا) أن يُسأل الشهود عن ذلك كانت العدة من يوم شهادتها عند القاضي، لا من يوم الحكم بالطلاق إن تأخر الحكم عن الشهادة. وقوله: ولا غرم عليها فيما أنفقت لأنه ألبس على نفسه يريد، أنه لا غرم عليها فيما أنفقت من مالها، أو أنفق عليها

(١) في ق ١ وتطلب ثبْتَ.

(٢) في ق ١ ففات قبل. وهو الصواب، فلم يبق محل لوضع عبارة (كذا) في الأصل.

منه من يوم الطلاق، إلى يوم علمت بطلاقه، لأنه ألبس على نفسه، أي فرط، إذ لم يعلمها بطلاقه إياها، وفعلت هي ما كان يجوز لها من الإنفاق على نفسها من ماله، وما كان يحكم لها به عليه لو سألت ذلك، ولو أنفقت من مالها أو تسلفت لرجعت عليه بذلك عند مالك. قاله في سماع أشهب بعد هذا، وقال ابن نافع: لا يرجع بشيء من ذلك، وأما الذي يموت وهو غائب، فتغرم الزوجة ما أنفقت من ماله بعد موته، لأنه لم يكن منه تفريط. هذا قوله في كتاب طلاق السنّة من المدونة. ويجب على هذا التعليل أن تغرم ما أنفقت من ماله بعد أن طلق إلى أن يمضي من المدونة[٣] ما يمكن أن يصل العلم إليها بذلك دون تفريط، وهو مقدار المسافة إلى ذلك الموضع، إلا أنهم لم يقولوا ذلك، فوجه سقوط ذلك عنها هو أنه أذن لها في الإنفاق من ماله، فلا رجوع له عليها فيما أذن لها فيه، والله أعلم.

مسألة

وقال مالك في عبد أعجمي عاتبه سيده في جارية زوجها إياه، فقال: قد فارقتها قال: يسأل العبد، فإن عرف ما أراد من الطلاق فذلك له، وإلا فهي ألبتة، إذا كان لا يدري من أجل العجمية. قال ابن القاسم: كأني رأيت محمل قوله في ذلك إذا لم يعرف الطلاق، أنه أراد أن يبرأ منها فلذلك ألزمه ألبتة.

قال محمّد بن رشد: الفراق من كنايات الطلاق، وقد قيل فيه: إنه من صريحه لقول الله عزّ وجلّ: ﴿أَوْ فَارِقُوهُنَّ بِمَعْرُوف﴾[٤] فلا يعذر الأعجمي بجهله أنَّ ذلك طلاق، ويحمل إذا جهل ذلك على أنه أراد أن يبرأ منها، فتلزمه ألبتة، على ما ظهر لابن القاسم من نحو قول مالك **ونحوهُ لأصبغ في نوازله** من كتاب الأيمان بالطلاق، ويكون إذا جهل ذلك بمنزلة غير

(٣) في ق ١ من المدة وهو الصواب.

(٤) الطلاق: وأول الآية: ﴿فَإِذَا بَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَأَمْسِكُوهُنَّ بِمَعْرُوفٍ﴾

الأعجمي، إذا لم تكن له نيّة، لأن من قال لامرأته: قد فارقتك ولا نيّة له في واحدة ولا في اثنتين، فهي ثلاث، إذا كان قد دخل بها، ولا فرق في هذه المسألة بين أن يقول الأعجمي: لم أرد ما أردت، أو يقول لم تكن لي نيّة، وإنما يفترق ذلك إذا قال: أنت طالق، وكذلك روي عن مالك، لأنه حُمل قوله: لا أدري ما أردت على أنه أراد شيئاً ونسيه، وحمله سعيد بن المسيب ويحيى بن سعيد في التخيير والتمليك من المدوّنة، على أنه لم تكن له(٥) نيّة، إذ قال الرّجل لامرأته: قد فارقتك ولم يدخل بها، فقيل: هي واحدة، إلا أن يريد ثلاثاً، وقيل: هي واحدة، إلا أن يريد واحدة، والقولان في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وفي كتاب التخيير والتمليك من المدونة في قد خلّيت سبيلك ولا فرق بينهما.

مسألة

قال ابن القاسم: سمعت مالكاً قال في امرأة طلقها زوجها، ولها منه ولد فرمته عليه استثقالاً له، فليس لها أن تأخذه، لأنها قد أسقطت حقّها في حضانته، إلا على القول بأن الحضانة من حقّ المحضون، وهو قول ابن الماجشون، ولو كانت إنما ردته إليه من علّة ومرض، أو انقطاع لبنها، لكان لها أن تأخذه إذا صحت أو عاد إليها اللّبن، على ما وقع لمالك في أوّل سماع أشهب من كتاب الأيمان بالطلاق، ولو تركته بعد أن زال العذر حتّى طال الأمر السنة وشبهها، لم يكن لها أن تأخذه منه. واختلف إذا مات هل لها أن تأخذه لمن تصير إليه الحضانة بعده؟ فقال في آخر رسم من سماع أشهب: ليس لها أن تأخذه، لأنه رأى تركها إياه عند أبيه إسقاطاً منها لحقها في حضانته. وقد قيل: إن لها أن تأخذه بعد موته، لأن تركها له عند أبيه، إنما يحمل منها على إسقاط حضانتها للأب

(٥) حذفت له نية في ق ١ وثبت بعد قوله لم تكن: واختلف إذا قال الرجل لامرأته الخ.

خاصة، وكذلك إذا قامت الجدة بعد السنة، لم يكن لها أن تأخذه. وقال ابن نافع: لها أن تأخذه. ومثله لابن القاسم في المدنيّة إن لها أن تأخذه، إلا أن يكون عرض عليها فأبت من أخذه. وهذا على الاختلاف في السكوت، هل هو(٦) على الإقرار والإذن أم لا؟ وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: لا يكره سلطان المرء على أن يحجّ أباه، ولا على إنكاحه.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن السلطان لا يكره الرّجل على أن يحجّ أباه صحيح، على القول بأن الحجّ على التراخي، ويأتي على القول بأنه على الفور، إنه يلزمه ذلك، كما يلزمه أن يشتري له ماء لغسله ووضوئه، إذ لا يسعه أن يؤخر ذلك من أمر دينه، وأما إنكاحه. فقد روي عن أشهب أنه يجبر على إنكاحه، ووجه ذلك أن النكاح ممّا قد تدعو إليه الحاجة، وتمسه الضرورة، فوجب أن يكون كالنفقة، وإذا كان يجبر على أن ينفق على زوجته لحاجته إليها وجب أن يجبر على تزويجه لحاجته إليها(٧)، فقول أشهب ينحو إلى ما في المدونة من إيجاب النفقة على زوج(٨) الأب. وقول مالك منها ينحو إلى قول المغيرة، وقول محمّد بن عبد الحكم، في أنه لا يجب على الرّجل أن ينفق على ربيبته، ولو تحققنا حاجة الأب إلى النكاح لانبغا ألا يختلف في أن على الابن أن يزوجه، فالاختلاف في هذا إنما هو عائد إلى تصديق الأب فيما يدعي من الحاجة إلى النكاح، وبالله التوفيق.

(٦) في ق ١ كالإقرار.
(٧) في ق ١ الزوجة.
(٨) في ق ١ زوجة.

ومن كتاب سلعة سمّاها

وسئل عن الرجل يلي ولده، ويكون لهم الميـراث، فيموت ولده، فتقوم جدته في ذلك، فيقول أبوه قد أنفقت عليه في رضاعه، وفي كذا وكذا لأمر يسمّيه أترى عليه يميناً؟ قال: أما إن كان رجل مقل مأمون، فلا أرى ذلك، وإن كان غنيّاً فأنّى له أن يحلف، فإن جل الآباء هم ينفقون على أولادهم، وإن كانت لهم أموال.

قال محمّد بن رشد: لم يفرق في هذه المسألة بين أن يكون الميراث الذي لهم عروضاً أو قرضاً، كما فرق بين ذلك إذا مات الأب في أوّل مسألة من السّماع، فدل ذلك على أنه تكلم في هذه المسألة على أن الميراث لم يقبضه بعد ولا صار بيده، أو على أنه قبضه واستنفقه، أو على أنه نقص منه قدر ما ادعا أنه أنفقه على ابنه. وقد(٩) مضى الحكم في يمين التهمة، والله أعلم.

مَسْــألة

وسئل عن الرجل يسافر بامرأته ولم يدخل بها، فيقيم عنها الأشهر، فتطلب النفقة، قال: أرى أن ينفق عليها من ماله، ويلزم ذلك.

قال محمّد بن رشد: قد قيل: لا نفقة لها إن كان مغيبه قريباً، لأنها لا نفقة لها حتّى تدعـو إلى البناء، وهي لم تدع إليه قبل مغيبه، فإذا طلبته وهو بالقرب، كتب إليه، فإما أن يبني أو ينفق. وقيل: لها النفقة من حين تدعـو إلى البناء، وإن كان غائباً على قرب، فليس عليها أن تنظره في شيء قد وجب لها في ماله. وهذا القول أقيس، وهو ظاهر الرواية، إذ لم يفرق فيها بين قرب ولا بعد، وبالله التوفيق.

---

(٩) في ق ١ وقد مضى الحكم في الوجهين مستوفى في أول السماع. والأب إنما يحلف إذا كان غنياً بالتهمة، فيدخل في ذلك من الاختلاف ما يدخل في نحو يمين التهمة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المختلعة يتزوجها زوجها ثمّ يطلقها قبل أن يمسها أتستأنف العدّة أم تبنى؟ قال: بل تبنى، وذلك أنه ليس لها إلا نصف الصداق، وهو نكاح جديد، ولا يشبه الذي يطلقها واحدة ثمّ يرتجعها، تلك تستأنف العدة، وإن لم يطأها ليس حالها واحدة.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال: لأن المختلعة قد بانت من زوجها، فإن تزوجها ثمّ طلقها قبل أن يمسها لم يكن عليها عدة من هذا الطلاق الثاني، لأنها مطلقة قبل الدخول، فوجب أن تبنى على عدّتها، لأنها عدة قد لزمتها من طلاق بعد الدخول، فلا تنهدم إلا بالدخول، ولو مات الزّوج بعد أن تزوجها. وقبل أن يدخل بها، لوجب عليها أقصى الأجلين، لوجوب العدّتين جميعاً عليها، الأولى بالخلع بعد الدخول، والثانية بالموت بعد النكاح وقبل الدخول، وأما التّي يطلقها واحدة، ثمّ يرتجعها فيطلقها قبل أن يمسها فإنها تستأنف العدة لأن الرّجعة تهدم العدة، ويعود بها الزوج إلى حاله قبل الطلاق، لأن العصمة لم تزل بالطلاق، وإنما حدث به فيها ثلم صلح بالرجعة، فوجب إذا ارتجعها ثمّ طلقها، أن يستأنف العدة، مسّ بعد ارتجاعه أو لم يمسّ، لأنه وإن لم يمسّ بعد الرجعة، فقد مسّ قبلها وقبل الطلاق الذي انهدمت عدته بالرجعة، فصار طلاقه هذا طلاقاً من نكاح قد مسّ فيه، وكذلك الموت يهدم العدة عند مالك، كما تهدمها الرجعة عنده، فترجع المرأة إذا مات زوجها في العدة، إلى عدة الوفاة، ومن أهل العلم من يرى أنه لا يهدمها، فتعتد المرأة إذا مات زوجها في عدتها أقصى الأجلين، وهو قول ابن عبّاس وسليم بن يسار، وابن شهاب، ولا أحفظ من يقول إن الرجعة لا تهدم العدة، وأنه إذا ارتجعها ثمّ طلقها قبل أن يمسها إنها تبنى على العدة، إلا ما يروى عن منازعة ابن أبي ذيب في ذلك لابن شهاب، إذ قال له ابن شهاب: إنها تستأنف العدة، فقال له ابن أبي ذيب: ما هكذا قلت لي، فقال له: نعم، فقال له: لا، فقال له: نعم، فقال له: كذبت، فقال له: بل كذبت،

فحلف ألا يحدثه بحديث أبداً، فكتب إليه بأحاديث إذ كان من مذهبه أن من حلف لا يكلم رجلًا لا يحنث بالكتابة إليه وهو قول أشهب، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن المرأة تأتيها وفاة زوجها، وزوجها غائب، أترى أن تشهد على ذلك؟ فقال: لِمَ؟ أفي شك هي؟ فقال: لا، قال: ما أرى ذلك عليها إذا كانت على ثبت من أمرها، إلا أن تكون على شك.

قال محمّد بن رشد: قوله: أترى أن تشهد على ذلك؟ معناه أترى أن تطلب الشهادة على صحة الخبر بذلك؟ فلم ير ذلك عليها، إذا لم تشك في صحته، وهو كما قال، إذ لا يلزمها أن تعتد بالشك، ولا تستبيح النكاح به بعد العدة، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المفقود الذي يخرج إلى بلد بتجارة، فيفقد فلا يدرى أين وجه؟ أترى هذا مفقوداً؟ قال: نعم، وأرى أن يكتب إلى ذلك الموضع فيطلب ويسأل عنه، فإن عمي أمره، ضرب لامرأته بعد ذلك أجل المفقود.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه، إن المفقود الذي يضرب لامرأته أجل المفقود بعد البحث عنه، والسؤال عن خبره في الناحية التي توجه إليها، ويوقف ماله حتّى يأتي عليه من الزمان ما لا يجيء لمثله، هو الذي يفقد في بلاد المسلمين، وقد خرج لتجارة أو غيرها، وإن عرف البلد الذي نزع إليه ثمّ غاب خبره، على ما في سماع أبي زيد. وسيأتي في أوّل سماع أشهب، وفي رسم أسلم، من سماع عيسى بيان حكم المفقود في بلاد الحرب، وبين الصفين في قتال العدو، وفي قتال المسلمين، إن شاء الله، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المرأة التي تكون حيضتها في ستة أشهر، أو سبعة أشهر حيضة، إنها تحيض حيضة في كل سبعة أشهر يهلك زوجها فتعتد أربعة أشهر وعشراً، أترى أن تتزوج؟ قال: أرى أن ينظر في ذلك فإن نويت في نفسها رأيت أن ينظر إليها من النساء من يعرف الحمل، فإن رأين أنه ليس بها شيء، وأنها ليست مرتابة، رأيت أن تتزوج وإنه لا ينبغي أن يحمل الخاص على شيء لا تحمل عليه العامة(١٠) فمن النساء من لا تحيض أبداً.

قال محمّد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب المعلوم من قول مالك وأصحابه: إن المتوفى عنها زوجها وقد دخل بها تحل بتمام أربعة أشهر وعشراً، وإن لم تحض فيها إذا لم يمر بها فيها وقت حيضتها، ولم يكن بها ريبة من حمل، وروى ابن كنانة عن مالك في سماع أشهب أنها لا تحل حتّى تحيض، أو يمرّ بها تسعة أشهر. وحكى ابن المواز أن مالكاً رجع عن هذا القول، وكذلك هو شذوذ من القول، لأنها قد أكملت العدة التي فرضها الله عليها، ولا ريبة بها، فوجب أن تحل، وكذلك إذا مرّ بها فيها وقت حيضتها فلم تحض من أجل أنها ترضع، وأما إن مرّ بها فيها وقت حيضتها فلم تحض، وليس بها عذر يمنع الحيض، من مرض أو رضاع، فالمشهور في المذهب، أنها لا تحل حتّى تحيض، أو تمرّ بها تسعة أشهر، ولم يختلف في ذلك قول مالك، وهو قول عامّة أصحابه، لان ارتفاع الحيض من غير سبب يعلم لارتفاعه ريبة، وذهب ابن الماجشون، وسحنون، إلى أنها تحل بتمام الأربعة أشهر وعشراً(١١) إذا لم يكن بها من الريبة أكثر من ارتفاع الحيض، وأما إن ارتابت من الحمل بامتلاء في البطن، فلا اختلاف في أنها لا تحل حتّى تسلم من تلك الريبة، أو تبلغ أقصى أمد الحمل. واختلف إذا ارتفع حيضها بالمرض، فقال أشهب: إن

(١٠) في ق ١ العام.

(١١) كذا.

ارتفاعه به كارتفاعه بالرضاع، لا يكون ارتفاع الحيض معه ريبة في الوفاة ولا في الطلاق، فتحل في الوفاة بأربعة أشهر وعشراً، وتعتد في الطلاق بالأقراء وإن تباعدت قال ابن القاسم ورواه عن مالك: أن ارتفاع الحيض مع المرض ريبة، كالصحيحة، فتتربص في الوفاة بتسعة أشهر، وفي الطلاق بسنة، تسعة أشهر استبراء، وثلاثة عدة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّله شكّ في طوافه

وسئل عن امرأة المفقود إذا خرجت من الأربع سنين، وضرب لها أجل أربعة أشهر، أترى عليها إحداداً؟ قال: نعم، أرى عليها الإحداد. قال ابن القاسم: وإنما يكون عليها الإحداد في الأربعة أشهر وعشر.

قال محمّد بن رشد: ابن الماجشون، لا يرى عليها الإحداد في ذلك، وإليه ذهب سحنون، من أجل أنها عدة متيقنة، إذ لَعلَّ الزوج حيّ، أو قد مات، قبل ذلك بمدة، فانقضت العدة. وقول ابن القاسم هو القياس، لأنها عدة وفاة بظاهر الحكم، تحل بها للأزواج، فوجب أن يكون عليها الإحداد كالعدة المتيقنة.

مسألة

وسئل مالك عن العبد يكون متزوجاً فيطلق تطليقة فيريد سيدُه أن يمنعه من الرجعة، ويريد العبد أن يرتجع والسيد منعه قال: ليس لسيده أن يمنعه.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الطلاق الرجعي لا يزيل العصمة، وإنما يوجب فيها ثَلْماً يمنع الوطء. وأحكام الزوجية كلها قائمة من النفقة والموارثة، بارتفاع الرق، فإليه أن يرفع هذا الثلم عن العصمة بالرجعة، بدليل قول الله عزّ وجلّ: ﴿**لاَ تَدْرِي لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ**

أَمْراً ﴾[١٢]، وهو الرجعة عند الجميع وليس ذلك بابتداء نكاح، فيكون لسيّده أن يمنعه من ذلك. ألا ترى أن المُحرِم يراجع زوجته؟ وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن المرأة يكون لها ولد صغير، ولولدها مال، أتنال معهم منه؟ قال: إن كانت محتاجة، فأرى ذلك لها، قيل له: إنها موسرة، أفترى أن تأكل؟ قال: لا، قيل له: أفتخلط نفقتها بنفقتهم وتأكل معهم؟ قال: إن كانت تفضل، فلا أرى بأساً، قيل له: إنها تقوم عليهم وتلي أمرهم افترى أن تأكل معهم وإن لم تحتج؟ فلم ير ذلك إلا أن تكون محتاجة.

قال محمّد بن رشد: وهذا كله على ما قال، إن كانت محتاجة، فلها أن تأكل من ماله، لأن النفقة تجب لها فيه بالحكم لو سألت ذلك، وجائز للرجل أن يأخذ لنفسه ما يجب له بالحكم، لقول رسول الله عليه السلام لهند: «**خُذِي يَا هِنْدُ مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ[١٣] بِالْمَعْرُوفِ**»، فأباح لها أن تأخذ من مال زوجها بغير إذنه ما يجب لها فيه ولولدها من حقّ، ولم ير لها إن كانت موسرة أن تأكل من مالهم، وإن كانت تقوم عليهم، وتلي أمرهم، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿وَمَنْ كَانَ غَنِيّاً فَلْيَسْتَعْفِفْ ﴾[١٤]، فظاهر قوله هذا خلاف ما في هذا الرسم بعينه من كتاب النكاح من أنّ للحاضن النفقة في مال المحضون، وقد مضى من القول على ذلك هنالك، ما فيه كفاية إن شاء الله. وأما خلط

---

(١٢) الطلاق: ١

(١٣) روته عائشة. وهو متفق عليه. وسببه أن هنداً ام معاوية، قالت للرسول ﷺ: إن أبا سفيان ـ زوجها ـ رجل شحيحٌ، فهلْ عليَّ جناح أن آخذ من ماله يسراً؟، فقال الخبر. قال بعض شراح الحديث: وهذا إفتاء لا حكم، لِعدم استيفاء شروطه، لأن القضية كانت بمكة، وأبو سفيان حاضر بها، فلا ينهض دليلًا على جواز الحكم على الغائب.

(١٤) النساء: ٦

نفقتها بنفقتهم إن كانت لفضْل، فالأصل في جواز ذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وإنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللهُ يَعْلَمُ المُفْسِدَ مِنَ المُصْلِحِ ﴾[١٥]، يقول الله تعالى يعلم من يقصد بمخالطة يتيمه أن يوقفه ممّن يقصد بذلك أن يرتفق به وسيأتي مثل هذا في رسم أخذ يشرب خمراً.

ومن كتاب الشجرة تطعم بَطنيْن في السنة

وسئل مالك عن الرجل يطلق امرأته ويريد سفراً فتدّعي حملاً أو تقول: دع[١٦] لي نفقتي قال: ليس ذلك لها، وإنما هو بمنزلة المقيم في ذلك، ولكن يستانا بها، فإن استمر بها حمْلٌ جمع لها ذلك كله، فيدفع إليها، ولا يمنع من سفره.

قال محمّد بن رشد: هذا مثل ما في كتاب النكاح الثاني من المدونة، سواء،إنه لا يلزمه أن يقيم لها حميلاً بالنفقة، فإن خرج وظهر بها حمل فأنفقت على نفسها رجعت عليه بذلك، إذا كان موسراً يوم أنفقت، ولا اختلاف في هذا أعلمه، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل كان يأخذ لابنه عطاء وقسماً، فهلك الأب، فقال بنون له آخرون: نحن نريد أن نحاسبك، قد أنفق ذلك عليك، وكان الابن في حجر أبيه، قال: أرى أن يحسب ذلك[١٧] ويحاسب به، فما كان في ذلك من فضل كان للابن قبل أبيه.

(١٥) البقرة: ٢٢٠

(١٦) في ق ١ ضع.

(١٧) في ق ١ الزيادة الآتية بعد قوله ذلك:

«على قدر نفقة السنين التي مضت في رخص أسعارها وغلائه، يقوم له ذلك ويحاسب به الخ..».

قال محمّد بن رشد: قوله: فما كان في ذلك من فضل كان للابن قبل أبيه، يدل على أن ما كان يأخذ لابنه قد كان استنفقه وصار له في ذمته، وقد أتى القول على ذلك في التقسيم الذي ذكرناه في أوّل مسألة من السماع فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب حلف ليرفعنّ أمراً

وسئل مالك عن امرأة كانت تسكن مع زوجها ثمّ هلك زوجها، وله منها ابنة بنت ثمان سنين، وللمتوفى إخوة ولأم الجارية إخوة من مسكن الزوج على رأس مرحلتين، فأرادت أن تدخل بابنتها إلى إخوتها وهو مَسكنها الذي كانت تسكنه قبل أن تتزوج، فأبى عمومة الجارية أن يتركوها، قال: قال مالك: المرأة لا أرى أن تدخل بها من عندهم[١٨] قالت: فإن اخوتي يريدون أن يدخلوني قال: ليس ذلك لهم، وليس لك أن تخرجيها من عند ولاتها.

قال محمّد بن رشد: مثل هذا في كتاب ابن المواز من قول ابن القاسم وروايته عن مالك، إنه ليس لها أن تدخل[١٩] بهم مسافة الرحلة والرحلتين، قال أشهب: ولا إلى الثلاثة بُرد، وهو مثل ما في **المدونة** من أنه ليس لها أن تخرج بهم إلى[٢٠] المكان القريب، وليس في حد ذلك شيئاً[٢١] يرجع إليه في الكتاب أو السنة، وإنما هو الاجتهاد، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿**لَا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلَا مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ**﴾[٢٢]، وقول النبي عليه السلام: «**إذا اجْتَمَعَ ضَرَرانِ، نُفِيَ الأَصْغَرُ لِلأَكْبَرِ**»[٢٣]، لأن منع المرأة من الخروج بولدها إضرار

(١٨) في ق ١ غيرهم.
(١٩) في ق ١ ترحل.
(٢٠) في ق ١ إلا إلى المكان.
(٢١) كذا.
(٢٢) البقرة: ٢٣٣
(٢٣) لم أقف عليه.

بها، وإباحة ذلك لها إضرار بأولياء الصبي، فوجب الاجتهاد في ذلك، ولذلك وقع فيه هذا الاختلاف، والله الموفق.

مسألة

وسئل مالك عن المتوفى عنها زوجها تؤذن إلى العرس، أتخرج إليه؟ قال: نعم ولا تبيت إلا في بيتها، ولا تتهيأ بشيء ممّا تنهى عنه المتوفى عنها زوجها أن تلبسه.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، إن لها أن تخرج إلى العرس إذا لم تبت إلا في بيتها، ولا تتهيأ بما لا يجوز للحاد أن تفعله، إذ لا حرج عليها في حضور العرس إذا لم يكن فيه من اللهو إلا ما أجيز في العرس، وقد مضى القول فيما يجوز من ذلك ممّا لا يجوز في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب النكاح، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل تزوج امرأة لم يدخل بها وأراد سفراً فقال لهم: أدخلوها عليّ الليلة، فقالوا: لا تفعل فوقع بينهم شجر من الكلام فقال لهم: اتركوني ليس لي فيها حاجة، ودعوني، فانصرف عنهم. قال مالك: أردتَ بذلك طلاقاً؟ قال: لا، قال: ليس عليك شيء، قد يقول الرّجل لامرأته ليس لي بك حاجة، فإذا لم يرد به طلاقاً فليس عليه شيء،وإن كان لها من يحلفه حلف بالله ما أراد بذلك طلاقاً.

قال محمّد بن رشد: وهذا بيِّنٌ على ما قال، لأن ذلك ليس من ألفاظ الطلاق، فلا يكون طلاقاً، إلا أن يريد الطلاق، وتتهمه أنه أراد الطلاق بذلك، فهذه المسألة عندي ضعيفة، فإن لم يطع باليمين، ونكل عنها ترك مع امرأته، ولم يدخل ذلك من الاختلاف ما ذكرناه في أوّل رسم في مسألة الذي

قال في امرأته: إنها مولاته، وزوجها هازلاً بذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل صالح امرأته على أن ترضع ولده سنتين وتكفله أربع سنين بعد ذلك، لتمام ست سنين، فإن ماتت قبل ذلك فأبوها ضامن لنفقة الصبي حتّى تستكمل ست سنين، واشترط عليها إن لم يكن أصل هذا الصلح جائزاً فله الرجعة عليها، ورضيا بالصلح، وتفرقا عليه. قال مالك: الشرط باطل، ولا يصلح في صلح رجل وامرأة أكثر من الرّضاع، فإن كان قد رضيا بالصلح وتفرقا على ذلك، فما كان فوق الرضاع فهو ثابت على الأب، يُنفق على ولده، وما اشترط بأنه إن لم يكن هذا الصلح جائزاً فلي عليك الرجعة، فهذا باطل، لا رجعة له عليها، ولا أُحب أن يصالح أحد على مثل هذا، إنما الصلح في ذلك إلى الفطام. قال سحنون: يلزمها النفقة لو اشترط عليها نفقة خمس عشرة سنة لكان ذلك لازماً لها.

قال محمّد بن رشد: قوله في اشتراط الرجعة عليها إن لم يكن الصلح جائزاً إنه شرط باطل، صحيح بيّن في المعنى في الصحة، لأن الشرع قد أحكم أن تبين المرأة من زوجها بالصلح، كان جائزاً أو غير جائز، فاشتراطه أن يكون له الرجعة عليها إن لم يكن الصلح جائزاً لا يجوز، لأنه شرط يخالف حكم الشرع، قد قال رسول الله عليه السلام: **«مَنِ اشْتَرَطَ شَرْطاً لَيْسَ فِي كِتَابِ اللهِ فَهُوَ بَاطِلٌ وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ»**(٢٤)، وقوله: ولا يصلح في صلح رجل وامرأة أكثر من الرّضاع، هو مثل قوله في **المدونة**: وإنما لم يجز ذلك، لأنه غرر، إذ قد يموت الصبي قبل الأجل الذي التزمت نفقته إليه، ومن

(٢٤) في صحيح البخاري عن عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: **«مَا بالُ رِجالٍ يشرطونَ شروطاً ليستْ في كتاب اللهِ، مَا كانَ مِن شرْطٍ ليس في كتاب اللهِ، فهو باطلٌ، وإن كان مائَةَ شَرطٍ»**.

قوله: إن الخلع بالعبد الآبق، والجمل الشارد، والجنين في بطن أُمه، والثمرة قبل أن يبدو صلاحها جائز، فقيل: إن ذلك اختلاف من قوله وقيل: إن ذلك(٢٥) فرق بين المسألتين، لأن غرر العبد الآبق، والجنين، وما أشبهه، لا يقدر على إزالته، وقد تدعو المرأة الضرورة إلى المخالعة، وليس لها إلا ذلك، وغرر التزام نفقة الولد بعد الرّضاع أعواماً يقدر على إزالتها بأن يشترط ألا يسقط النفقة عنها بالموت، وأن يكون للزوج أن يأخذها به إلى الأجل الذي سمّياه وإن بعد، وكذلك ما أشبه النفقة مما يقدر على إزالته كالصلح بمال إلى أجل مجهول، وما أشبه ذلك. فيتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: **أحدها** هذا **والثاني** أن الخلع بالغرر جائز، كان الغرر ممّا يقدر على إزالته أو لا يقدر، وهو قول المخزومي في **المدونة** وقول سحنون هنا، **والثالث** أن ذلك لا يجوز، كان ممّا يقدر على إزالته أَو لا يقدر، وهو قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى من هذا الكتاب، لأنه إذا لم يجز الخلع بالغرر الذي لا يقدر على إزالته، فأَحْرَى أن لا يجيزه بالغرر الذي يقدر على إزالته، واختلف على القول بأن الخلع بالغرر لا يجوز إذا ألزم الزوج الطلاق، وأبطل ما خالع عليه من الغرر، هل له أن يرجع(٢٦) عليها، إذا أبطل عنها الجميع بخلع مثلها؟ وإذا أبطل عنها البعض، كالذي يخالع على رضاع ابنها، والنفقة عليه بعد الرّضاع إلى أجل معلوم إذا بطل عنها ما أراد(٢٧) على حول الرضاع أن يرجع عليها بمقدار ذلك الجزء من خلع مثلها، على قياس قول ابن القاسم في رسم إن خرجت من سماع عيسى، وأما المختلعة على رضاع الولد خاصة، فلا اختلاف في جواز ذلك، وإن كان فيه غرر، إذ قد يموت الولد قبل انقضاء أمد الرّضاع من قبل أن الرضاع قد يتوجه عليها في عدم الأب، فلما كان قد

---

(٢٥) في ق ١ إنه فرَّق.

(٢٦) سقط من الأصل، وثبت في ق ١ بعد قوله: أن يرجع ما يأتي: على المرأة من أجل ذلك شيء أم لا؟ على قولين: **أحدهما**: أنه لا رجوع عليها بشيء، وهو قوله هاهنا وفي المدونة. والثاني. أن يرجع عليها إذ أبطل الخ.

(٢٧) في ق ١ ما زاد.

يتوجه عليها في حال استخف الغرر فيه، ولا رجوع للأب عليها بشيء إذا مات الولد قبل انقضاء أمد الرضاع، إذا كانا إنما عملا على أن ابرأته من مؤونة رضاعه بإفصاح وبيان. واختلف إذا وقع الأمر مبهماً، فحمله مالك في المدونة على ما تأول عليه ابن القاسم على أنها إنما أبرأته من مئونة رضاعه، فلا يرجع عليها بشيء، وقال ما رأيت أحداً طلب ذلك. وفي المختصر الكبير، إنه لو طلب ذلك لكان فيه قول، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل تكون له الأخت بالأندلس، فيريد أن يخرج إليها ويخاف عليها الضيعة، وفيما بينه وبينها فساد وحرب، يخاف الهلاك على دينه، قال: لا أحب له أن يدخل في شيء يخاف فيه الهلاك على دينه.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الخوف على الدين، كالخوف على النفس وأشد، وإذا كان ذلك يسقط فرض الحج، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿مَنِ اسْتَطَاعَ إليهِ سَبِيلا ﴾(٢٨)، فأحرى أن يسقط عنه ما يلزمه من إعانة أخته مخافة الضيعة عليها.

ومن كتاب طلّق

وسئل مالك عن الرجل يغيب عن امرأته سنين، ثمّ يتسلف لنفقتها، ويعلم ذلك جيرانها من حالها، وأنه لا يبعث إليها بنفقة، فيموت في غيبته، فتطلب ذلك، وتريد أن تأخذه من ماله، أترى ذلك لها؟ قال: هذه أمور إنما يقضى فيها على وجه ما ينزل باجتهاد الإمام العدل في ذلك، والحي إذا قدم أبين عندي شأناً، إن طلبت النفقة أغرم فإن أنكر احلف يريد بذلك ويبرأ، وقال في الموت:

(٢٨) آل عمران. ٩٧ وأول الآية: ﴿ولله علَى النَّاسِ حَجُّ البَيْتِ﴾.

يغيب عشرين سنة، ثمّ يموت، فتريد أخذ ماله استنكاراً أن يكون لها ذلك في الموت، إلا أنه قال اجتهاد الإمام العدل في ذلك حين ينزل بالذي يرى. قال ابن القاسم: ذلك رأيي وأحسن ما سمعت في ذلك، قال: وبلغني عن مالك أنه قال: إن كان حيّاً وقدم وقد كانت رفعت ذلك إلى السلطان، رأيت أن ترجع عليه إن كان موسراً في غيبته، وإن كانت لم ترفع ذلك إلى السلطان، فقدم فأنكر، وزعم أنه قد بعث إليها أو خلف عندها، رأيت أن يحلف ويبرأ، وإن قدم فأقر، نظر، فإن كان موسراً في غيبته اتبعته، وإن كان معسراً لم تتبعه إلا من يوم أيسر، وإن مات لم أر لها شيئاً إلا أن ترفع ذلك إلى السلطان، فتكون لها يوم رفعت ذلك إلى السلطان، إلى أن مات، وما كان قبل ذلك فلا شيء له، لأنه لو قدم فأنكر، صُدق وحلف، وهو قول مالك. قال سحنون: إذا قدم الزوج فقال: كنت في غيبتي معدماً، كان القول قوله مع يمينه، وكلفت المرأة البينة أنه كان ملياً وقاله عثمان بن كنانة.

قال محمّد بن رشد: لا اختلاف أحفظه في أن القول قول الزّوج مع يمينه إنه أنفق على امرأته إن كان حاضراً، أو أنه خلف عندها نفقتها، أو بعث بها إليها إن كان غائباً، إذا أنكرت الزوجة ذلك، وطلبته بالإنفاق، ويحلف في دعواه بعْث النفقة إليها، لقد بعث بها إليها، فوصلت إليها وقبضتها، كذلك في سماع أشهب من كتاب الأقضية لابن غانم. واختلف إن رفعت ذلك إلى السلطان في مغيبه، فقال: ها هنا وهو المحفوظ في المذهب: إن القول قولها من يوم رفعت ذلك إلى السلطان. **وذكر أبو القاسم بن الجلاَّب في كتابه** عن مالك في ذلك روايتين: **إحداهما** هذه. **والثانية** إن القول قوله على كل حال، وإن رفعت ذلك إلى السلطان، ولها وجه صحيح في النظر، وهو أنها تتهم على أنها إنما فعلت ذلك إعداداً ليكون القول قولها، وإذا قدم من مغيبه فأقر أنه لم يبعث إليها بشيء، ولا خلف عندها شيئاً، أو أنكر فَنَكَلَ وحلفت المرأة أو

كانت قد رفعت ذلك إلى السلطان، فصدقت من يوم رفعت مع يمينها على القول بأنها تصدق في ذلك، فإنه يجب لها أن تتبعه بالنفقة، إن كان موسراً، وتسقط عنه إن كان معدماً. واختلف إذا قدم فادعى أنه كان في مغيبه معدماً، وقد جهل حاله يوم خروجه، على ثلاثة أقوال: **أحدها** أنه محمول على اليسار، فلا يصدق فيما ادّعى من أنه كان في مغيبه معدماً، وهو قول ابن الماجشون، في الواضحة، وتأوله بعض أهل النظر، على معنى ما في **المدونة**، **والثاني**: أنه يصدق إن قدم معسراً، ولا يصدق إن قدم موسراً، وهو نص قول ابن القاسم في كتاب ابن المواز، وظاهر ما في **المدونة** عندي. **والثالث** أنه يصدق، قدم موسراً أو معسراً، وهو ظاهر قول سحنون، وابن كنانة ها هنا، وأما إن علمت حاله يوم خروجه باليسر أو العدم، فهو محمول على ما علم به من ذلك، وإن قدم على خلاف ذلك، هذا قول ابن الماجشون في **الواضحة**. وحكى أبو عمر الإشبيلي في **اختصار الثمانية لابن بطير** أنها رواية لابن القاسم، وهو صحيح، لأنه إذا خرج موسراً فقد ثبت أن الإنفاق عليه واجب، فلا يسقط عنه إلا بيقين، وإذا خرج معدماً، فقد ثبت أن الإنفاق قد سقط عنه، فلا يعود عليه إلا بيقين وقد تأول ابن زرب على سحنون، وابن كنانة، إن القول قوله، إن كان معدماً وإن علم أنه خرج موسراً، وأنكره، وهو تأويل بعيد، لا سيما إن كان قدم موسراً أيضاً. وأما إن مات في مغيبه، فالقياس ألا شيء لها في ماله، إذا لم ترفع ذلك إلى السلطان، على ما حكى ابن القاسم آخراً أنه بلغه عن مالك، لأن المعلوم من شأن الأزواج النفقة على أزواجهم، وإنما كان لها على زوجها في ذلك اليمين، فلما مات سقط حقها في ذلك، إلا أن تدعي على الورثة أنهم علموا أنه لم يخلف عندها شيئاً، ولا بعث إليها بشيء، فيكون لها أن تحلف منهم على العلم، من كان مالكاً لأمر نفسه، وإلى هذا ينحو قول مالك أولاً، وإن كان قد رأى أن يجتهد في ذلك واستحسنه ابن القاسم.

مسألة

وسئل مالك عن الرجل يشهد عليه بأنه طلق امرأته ألبتة،

وقد ماتت، أترى أن يرثها؟ قال: لا، هو حيّ، قيل له: أفرأيت إن مات هو، أترى أن ترثه؟ قال: ليس هي مثله، قال: نعم، ترثه. قاله سحنون: معناه إن الشهود كانوا قياماً معه فلم يقوموا عليه حتّى مات.

قال محمّد بن رشد: قول سحنون: معناه إن الشهود كانوا قياماً معه فلم يقوموا عليه حتّى مات، ليس بصحيح، إذ لو كانوا قياماً معه فلم يقوموا عليه حتّى مات، لوجب أن يرث كل واحد منهما صاحبه، لأن شهادتهم كانت تبطل بترك قيامهم لها، وإنما وهم سحنون، في تفسير قول مالك: والله أعلم، لما وقع في كتاب الأيمان بالطلاق من المدونة من قول يحيى بن سعيد، في شهود شهدوا على رجل بعد موته، أنه طلق امرأته، لا تجوز شهادتهم إذا كانوا حضورا. ولامرأته الميراث، وكذلك لو كان يقول يحيى بن سعيد أيضاً: لو ماتت هي، إن له الميراث، من أجل سقوط شهادة الشهود لحضورهم، فليس معنى مسألة مالك، إلا أن الشهود كانوا غيباً، وكذلك وقع له في رسم حمل صبياً من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، أن الشهود كانوا غيباً لا يتهمون، فمالك أحق بتبيين ما أراد، ووجه تفرقته بين ميراثها منه وميراثه منها هو أنه إذا كان هو الميت، فلم يعذر إليه في شهادة الشهود، ولعله لو أعذر إليه فيهم لأبطل شهادتهم، فرأى لها الميراث، من أجل أن الشهادة لا يجب الحكم بها إلا بعد الإعذار إلى المشهود عليه، وإن كانت هي الميتة، أمكن أن يعذر إليه، فإن عجز عن المدفع وجب الحكم بالطلاق يوم وقع، فلم يكن له ميراث منها. وقال محمد بن المواز: إنما ورثته ولم يرثها لأنه كالمطلق في المرض، لأن الطلاق وقع يوم الحكم، ولو لم يقع يوم الحكم لكان فيه الحدُّ. قال أبو اسحاق: وهو كلام فيه نظر، لأن الحاكم إنما ينظر شهادة البينة وهي تقول: إن الطلاق وقع قبل الموت، وأما درء الحد بالشبهة إما لنسيانه، وإما لإمكان أن يكون صادقاً في إنكار الشهادة، ولو كان الطلاق وقع بعد الموت لورثها هو أيضاً. والقياس أنها لا ترثه، كما لا يرثها، لأن الإعذار

يجب إليهما جميعاً، فكما لا يرثها وإن لم يعذر إليها، لا ترثه وإن لم تعذر إليه، وهو قول سحنون ويحيى بن عمر. وسيأتي في رسم بع من سماع عيسى طرف من هذا المعنى، وبالله التوفيق.

ومن كتاب سنّ رسول الله عليه السلام

وسئل مالك عن العبد يتزوج المرأة فيطلقها، فتتزوج، فيريد أخذ ولده، فقال: شأن العبد في هذا إلى الضعف، ولعله يذهب به إلى بلدة أخرى فأرى أمه أحقّ به، وينظر في ذلك للولد. وقال الله عزّ وجلّ: ﴿ لا تُضَارَّ وَالِدَةٌ بِوَلَدِهَا وَلاَ مَوْلُودٌ لَهُ بِوَلَدِهِ ﴾(٢٩)، قال ابن القاسم: إذا كان العبد مثل القائم في مال سيّده التاجر، الذي له الكفاية، فأراه أحق بولده إذا تزوجت، وأما العبد الوغد الذي يخارج في السوق أو يبعثهُ سيده في الأسفار، فأرى أمه أحقّ به، لأن مثل هذا يأخذه إلى غير أهل ولا كفاية، وإن بيع العبد فانقطع به، رأيت أمه أحقّ به وغْداً كان أو غير وغد، لأنه يؤخذ ماله ويذهب به في البلاد.

قال محمّد بن رشد: المعنى في هذه المسألة بين، وقول ابن القاسم صحيح لا وجه للقول فيه.

مسألة

قال مالك: في رجل كانت بينه وبين خَتَنته كلام في امرأته، فقال لها: انقلي ابنتك إلى بيتك؟ ثمّ لقيها في الطريق، فدفع إليها دنانير، كانت لابنتها عنده، ثمّ قال: انقلي ابنتك إليك؟ ثمّ سئل بعد ذلك، فقال: لم أرد طلاقاً. قال: يحلف بالله ما أراد طلاقاً ولا نواه ثمّ ترد عليه امرأته ولا شيء عليه.

---

(٢٩) البقرة: ٢٣٣.

قال محمّد بن رشد: هذا كما قال، لأن الشبهة في أن يكون أراد بذلك الطلاق بَيِّنة، فإن لم يحلف دخل ذلك من الخلاف ما في مسألة من شهد عليه شاهد بالطلاق فنكل عن اليمين، حسبما مضى في أوّل رسم من هذا السماع. ولو أتى مستفتياً لم يجب عليه شيء ونُوِّي دون يمين، والله الموفق.

مسألة

قال مالك: في المرأة المتوفى عنها زوجها إنها لا تمس طيباً إذا كانت حاملاً حتّى تضع حملها، وإن قعدت سنين، وإنما مثل ذلك مثل ما لو أنها وضعت بعد ذلك بيوم، فمست فيه الطيب، فكما كانت تمسّ الطيب بعد يوم، إذا هي وضعت، فكذلك هي لا تمس الطيب وإن قعدت أكثر من أربعة أشهر وعشر حتّى تضع حملها.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال: لأن عدة المتوفى عنها زوجها وهي حامل، وضع الحمل، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وأُولاَتُ الأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ** ﴾[٣٠]، لأنها آية خصصت قوله عزّ وجلّ: ﴿ **وَالَّذِينَ يُتَوفَّوْنَ مِنْكُم وَيَذَرُونَ أَزْوَاجاً** ﴾[٣١]، الآية، وبينت أن المراد بها غير ذوات الأحمال، بدليل قول النبي عليه السلام لسُبَيْعَةَ الأَسْلَمِيَّة، وقد وضعت بعد وفاة زوجها بليال: «**قَد حَلَلْتِ فَانْكَحِي مَا شِئْتِ**»[٣٢]، وهذا الحديث يرد قول من قال: إنها تعتد أقصى الأجلين، فوجب أن تحد طول عدتها طالت أو قصرت.

ومن كتاب أوّله أخذ يشرب خمراً

قال: وسئل عن اليتيم يكون عند الرجل، فيأخذ نفقته،

---

(٣٠) الطلاق: ٤.

(٣١) البقرة: ٢٣٤.

(٣٢) رواه مالك في الموطا في «جامع الطلاق».

فيريد أن يخلطها بنفقته، ويكون طعامهما واحدا، كيف ترى فيه؟ قال: أنا أخبرك بالشأن فيه، إن كان يعلم أنه يفضل عليه، وأن الذي ينال اليتيم من طعامه، هو أفضل وأكثر من نفقته فلا أرى بذلك بأساً وإن كان لا ينال من ذلك الذي هو أفضل فلا يعجبني.

قال محمّد بن رشد: هذا كما قال والأصل فيه قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَإِنْ تُخَالِطُوهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ وَاللَّهُ يَعْلَمُ الْمُفْسِدَ مِنَ الْمُصْلِحِ﴾(٣٣)، وقد مضى هذا المعنى في رسم شك.

ومن كتاب تأخير صلاة العشاء في الحرس

وسئل مالك عن رجل صالح امرأته وهي حامل، وشرط عليها ألا نفقة لها حتّى تضع حملها، فإذا وضعت حملها، أسلمته إليه، فإن طلبته بنفقته ورضاعه عليها حتّى تفطمه، وإن لم تستقم له بذلك فهي امرأته، قال مالك: الصلح جائز، وكلّ ما اشترط عليها جائز، إلا ما اشترط أنها ترجع إليه، فلا ترجع إليه، وقد بانت منه.

قال محمّد بن رشد: هذا كله كما قال لأن ما اشترط عليها أحق لها، فجاز أن يشترط عليها حاشا الرّجعة، وقد مضى معناه وما بيّنه في رسم حلف قبل هذا، وبالله التوفيق.

مَسْـألة

وسئل عن الغلام الذي قد عرف السّن وبلغ أن يطلق، أيجوز طلاقه؟ قال: إن كان لم يبلغ الحلم، فلا أرى أن يجوز طلاقه، إلا أن يحتلم، إلا أن يكون ممن لا يحتلم، فإذا بلغ مبلغ الحلم، جاز

(٣٣) البقرة: ٢٢٠.

ذلك عليه، ومن الناس من لا يحتلم أبداً.

قال محمّد بن رشد: قد روى ابن وهب عن مالك، في المراهق إذا طلق، إن الطلاق يلزمه، ومثله في رسم أخذ يشرب خمراً من سماع ابن القاسم من كتاب الأيمان بالطلاق، في المناهز للحلم. ومعنى ذلك، إذا كان قد أنبت فقال ابن وهب: لا يلزمه الطلاق حتّى يحتلم، مثل قول مالك ها هنا، فهذا الاختلاف جارٍ على اختلاف قوله في المدونة في الإنبات، هل يحكم له به بحكم الاحتلام أم لا؟ وهذا فيما يلزمه في الحكم الظاهر من الطلاق والحدود، وأما فيما بينه وبين الله، إذا أتى مستفتياً فلا يلزمه طلاق حتّى يحتلم أو يبلغ حدّ سنّ الاحتلام، وذلك خمسة عشر عاماً عند ابن وهب، وسبعة عشر عاماً عند ابن القاسم، وثمانية عشر، على اختلاف قوله في ذلك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب كتب عليه ذكر حقّ

وسئل مالك عن الرجل ينفق على ولده من امرأة قد طلقها، ثمّ إن الغلام ورث مالاً فأنفق عليه بعد ما ورث، ثمّ مات فأراد أن يحاسب الأم في ميراثها في مال الغلام، من يوم ورث المال، وأبت الأم، قال مالك: ذلك للأب أن يحاسبها من يوم ورث، ولا أرى على الأب يميناً للأم أنه قد أنفقه عليه من عنده إذا كان مقلاً.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة مثل التي تقدمت في رسم سلعة سمّاها، ولم يفرق فيها بين أن يكون المال عيناً أو عرضاً، كما فرق في أوّل رسم، فيحتمل أن يكون المعنى فيها إن الميراث لم يكن قبضه بعد، ولا صار بيده، وأن يكون قد قبضه واستنفقه وهو الأظهر، لقوله يحاسب الأم في ميراثها، لأن الأظهر في المحاسبة أن يكون(٣٤) قد ترتب في الذّمم، لا يصح جوابه إلا على أحد هذين الوجهين. وقد مضى بيان هذا كله في أوّل السماع، والله الموفق.

---

(٣٤) في ق ١ فيما قد ترتب.

ومن كتاب سلعة سمّاها

وسئل مالك عن الرجل يطلق امرأته إلى أجل يسميه، وإن أناساً قد اختلفوا في ذلك، وأن عطاء بن أبي رباح قد كان يقول ذلك، قال مالك: لا قولَ لعطاء ولا غيره، في أشباه هذه. المدينة دار النبي ﷺ ونقلَه الله إليها، وجعلها دار الهجرة، فأما ما ذكر من طلاق الرجل إلى أجل، وأن صاحب ذلك يستمتع بامرأته إلى ذلك الأجل، فإنا لم ندرك أحداً من علماء الناس يقول هذا. وهذا يشبه المتعة التي أرخص فيها من أرخص من أهل مكة وغيرهم، فإذا كان يجوز له أن يطلق امرأته إلى أجل شهر أو شهرين، ثمّ يصيبها بعد ذلك إلى الأجل، فهو يجوز أن ينكحها على مثل ذلك، ينكحها إلى شهر، ثمّ هي طالق. فهذه المتعة بعينها. قال مالك: فإن كان هذا يجوز له، فإنه يجوز له أن يباري امرأته إلى شهر أو سنة، فيقول: آخذ منك هذا، ثمّ أصيبك إلى سنة ثمّ قد بارئْتُك بما أخذت منك، ويجوز له أن يقاطع جاريته إلى رأس الهلال، ويقول: أصيبك إلى ما بيني وبين ذلك، وممّا هو مثل ذلك، أن يكاتب الرجل جاريته، فيكتب لها الكتابة ويقطع عليها النجوم، ويشترط عليها شروط المكاتب، وعلى أني أصيبك سنة أو شهراً أو شهرين، ثم أنت حرام، فإن كان هذا وما يشبهه من الأشياء، ومن عمل الإسلام، ومما مضى عليه السلف، فقد صدق، وإن كان هذا وما يشبهه من الأشياء التي ذكرت مخالفاً لما قالوا، وعلى ذلك مضى العمل، وبه مضت السنة فقد أبطل القوم.

قال محمّد بن رشد: قياس قول مالك الطلاق إلى أجل في أنّ ذلك لا يجوز، على ما نهى النبي ﷺ عنه من نكاح المتعة، وعلى المسائل التي ذكرها صحيح، لاتفاق المعنى في ذلك على ما ذكر. واستدلاله على صحة ذلك بأنّ

الذي عليه أهل المدينة التي هي دار الهجرة، دليل على أن إجماعهم عنده حجة، فيما طريقه الاجتهاد، وأن اجتهادهم مقدم على اجتهاد غيرهم، والذي عليه أهل التحقيق، أن اجماعهم إنما يكون حجّة فيما طريقه التوقيت، أو أن يكون الغالب منه أنه عن توقيت، كإسقاط زكاة الخضراوات، لأنه معلوم أنها كانت في وقت النبي عليه السلام، ولم ينقل أنه أخذ منها الزكاة، فلما أجمع أهل المدينة على ذلك، وجب أن يعمل بما أجمعوا عليه من ذلك، وإن خالفهم فيه غيرهم.

ومثله الأذان الذي قد كان على عهد النبي ﷺ، واتصل العمل به في المدينة، فوجب أن يعمل بما اتصل عملهم به في ذلك، وإن خالفهم فيه غيرهم، ومثل هذا كثير.

مسألة

قال مالك: وذكرت ما أنكروا من قول أهل المدينة في الرّجل يصدق المرأة صداقها، فتشتري به متاعاً ثمّ يطلقها قبل أن يجمعها إليه، فأنكروا أن يكون للزوج نصف ما اشترت، وأن على الزّوج إذا تزوّج امرأة أن يسكنها بيتاً، وليس له أن يسكنها بيتاً لا سقف له، وليس له أن يسكنها بيتاً ليس في ذلك البيت ما يصلحها ممّا يحتاجون إليه، وليس له أن يضربها، وإن الرجل إذا تزوج المرأة وأصدقها، كان عليه أن يتجهز له بما يصلح الناس في بيوتهم. أما أن يكون الرجل مع أبويه فينتقل إلى بيتٍ فيه من المتاع ما يصلح الناس: الفراش والقدح وما أشبه ذلك، مما لا يستغني الناس عنه، وإنما ينتقل إلى أهل وبيت، فيه ما يصلح من المتاع والفراش والقدح، وإن كان ذلك دنيا من الأمر أو مرتفعاً تلك المصلحة، التي تصلح. وإنما أعطيت الصداق لتتخذ ذلك، وتتخذ خادماً، إن كان في الصداق ما يبلغ ذلك، فليس لها أن تأخذ الصداق، ولا تتخذ

متاعها ولا خادماً، فإن كان ذلك عليها أن تتخذ له ولها فاتخذت ذلك، ثمّ قدر له أن يطلقها، فليس عليها أن تغرم له شيئاً إلا نصف ما اشترت مما يصلحه ويصلحها، ممّا لا غنى لهما عنه ممّا لو دخلت عليه، فإن كان الذي فعلت صواباً فلْياخذْ نصفـه، وليس عليها الغرم، ولو كان عليها لم يصر بيدها شيء لو بيع ذلك المتاع، لم يأت بنصف ثمن ما أعطاها فإن قال الزّوج: هي أدْخلت هذا عليّ، فلو شاءت لم تشتر، فلو شاء هو عجل الطلاق، والصداق على هيئته، فيأخذ نصفه، أو طلقها قبل أن يبعث إليها.

قال محمّد بن رشد: أنكر مالك على أهل العراق قولهم: إن الرجل إذا تزوج المرأة فعليه أن يسكنها بيتاً له سقف، وعليه أن يضع فيه من ماله ما يصلح المرأة مما يحتاجون إليه، وما أنكروا على قول أهل المدينة، إن على الرّجل إذا طلق امرأته قبل الدخول، أن يأخذ نصف ما اشترت بصداقها. وذهب إلى أن المرأة يلزمها أن تتجهز من نقدها لزوجها بما يصلحه ويصلحها. قال: فإذا كان يجب ذلك عليها، وجب عليه إذا طلقها بعد أن تجهزت، وقبل البناء بها أن يأخذ نصف ما اشترت، وقوله صحيح، لأنه قد أذن لها فيه[٣٥] وأدخلها فيه، إذ دفع إليها الصداق على ذلك بالعرف الجاري، فلو كان له أن يأخذ منها نصف ما نقدها، لباعت فيه جميع ما اشترت، فلم يبق بيدها شيء، فلم يكن لِما أنكروا من قول أهل المدينة وجه. وقد قال أبو يوسف للمغيرة في احتجاجه عليه: أرأيت إن اشترت المرأة بصداقها مزماراً أو أبواقاً أيأخذ الرجل نصف ذلك؟ فقال له: أما عندنا فلا يتجهز النساء إلى أزواجهنّ بذلك، فإن كان عندكم يتجهز النساء بذلك إلى أزواجهن، لزمه أن يأخذ نصف ذلك، والله المعين.

مسألة

قال مالك: إن من حجتنا في الذي يتزوج وهو مريض، أنه

(٣٥) في ق ١ في ذلك.

ليس لها ميراث، لأنه يمنع أن يطلق وهو مريض، فأنزل ذلك منه على وجه الضرر، فكما كان يمنع من الطلاق وهو مريض، لحق امرأته الثمن، فإنه لا ينبغي له أن يدخل عليها من ينقصها من ثمنها.

قال محمّد بن رشد: وهذا بيِّنٌ على ما قال، لأن المعنى الذي من أجله لم يُجز له أن يطلق في المرض، موجود في النكاح، فلا يجوز له أن يزيد(٣٦) على ورثتهم، كما لا يجوز له أن يخرج عنهم وارثاً، والله الموفق.

مسألة

وقال مالك: في النصرانية تسلم وهي حامل، ولها زوج نصراني، قال مالك: أرى أباه أحقّ به، ويكون الولد على دين أبيه، وهي أولى بحضانته ما كان صغيراً، وكذلك لو أنها أسلمت ولها ولد صغير، كان أبوه أحقّ به، ويكون على دينه، وإن ماتت بعد أن تلده لم ترثه.

قال محمّد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب، إن الولد لا يكون مسلماً إلا بإسلام أبيه، وقال ابن وهب: إنه مسلم بإسلام من أسلم من أبويه لأن الإسلام يعلو ولا يُعلَى عليه. ويؤيد قوله قول النبي عليه السلام: «**كُلُّ مَوْلُودٍ يُولَدُ عَلَى الفِطْرَةِ، فَأَبَوَاهُ يُهَوِّدَانِهِ أو يُنَصِّرَانِهِ**»(٣٧)، الحديث. على تأويل من جعل خبر المبتدأ في يولد على الفطرة، لأنه على هذا التأويل يقتضي للعموم في جميع المولودين، فلا يكون نصرانياً ولا يهودياً، إلا أن يكون أبواه جميعاً على ذلك، وقد تكلمنا على هذا الحديث، واستوعبنا القول فيه، في

(٣٦) في ق ١ أن يدخل وارثاً على ورثته.

(٣٧) حديث صحيح. رواه أبو يعلى في مسنده، والطبراني في الكبير، والبيهقي في السنن، عن الأسود بن سريع.

كتاب أفردناه لذلك، فمن أحبّ الشفا من ذلك، فليقف على ما ذكرناه إن شاء الله وبه التوفيق.

ومن كتاب أوّله الشريكين يكون لهما مال

وقال مالك: في الرّجل يحلف بطلاق امرأته، فيشك في تعينه، فيقف ويسأل، ويستفتي ثمّ يتبين له حنثه. قال مالك: تعتد من حين وقف عنها، وليس من حين يتبيّن له. قيل لابن القاسم: فإن مات قبل ذلك أيتوارثان؟ قال: ينظر في يمينه، فإن كان لم يحنث فيها لم ترثه وإلا ورثته.

قال محمد بن رشد: قوله: إنها تعتدّ من حين وقف، وليس من حين يتبيّن له حنثه صحيح لا اختلاف فيه، لأن العدة إنما تكون من يوم الطلاق، والطلاق إنما وقع عليه يوم الحنث، لا يوم تبين له أنه حنث، لأنه انما تبين له اليوم أن الطلاق قد كان وقع عليه قبل حين وقف عنها، وقوله في الميراث: إنه ينظر في يمينه، فإن كان يحنث فيها لم ترثه، وإلا ورثته. وفي بعض الكتب، لم ترثه ولم يرثها ليس بخلاف لما تقدم في رسم طلق في الذي يشهد عليه الشهود، أنه طلق امرأته ألبتة، أنها ترثه، ولا يرثها، والفرق بين المسألتين أن الرجل في هذه لم يزل مقراً على نفسه بما أوجب عليه الطلاق، فوجب ألا يكون بينهما ميراث بعد وقوع الطلاق، ومسألة كتاب طلق شهد عليه الشهود، وهو منكر لشهادتهم، فوجب في ذلك الإعذار إليه، حسبما تقدم القول فيه، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: في رجل حلف بطلاق امرأته واحدة ألا يفعل شيئاً، أو أن يفعله، فيقع عليه الحنث، وهي في الدمّ. قال مالك: يجبر على رجعتها.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، وهو ممّا لا اختلاف فيه، لأن الطلقة الواحدة، إذا لم يكن معها فداء، فهي رجعية، سواء وقعت بيمين أو بغير يمين. ومن طلق امرأته واحدة في الحيضة أجبر على الرجعة بالسّنة الثابتة في ذلك عن النبيَ عليه السلام، قيل: ما دامت في العدة، وهو المشهور في المذهب، وقيل: ما لم تطهر ثمّ تحيض ثمّ تطهر، وهو قول أشهب، ومن أهل العلم من يرى أنه لا يجبر على الرجعة إلا ما دامت الحيضة التي طلقها فيها والمسألة متكررة في آخر الرسم من سماع أشهب.

مسألة

وسئل مالك عمّن غاب عن امرأته، فعُرف موضعه، أيضرب لامرأته أجل المفقود؟ قال: لا، ولكن يكتب إليه فيها، قيل له: فإن بعث إليها بنفقة وأقرها قال مالك: أما الحين فإني أرى ذلك له، وإن طال ذلك لم يكن له أن يبعث إليها بنفقة، ويحتبس عنها. قيل له: أفلذلك وقت؟ فقال: ما سمعت، ولكن إذا طال ذلك.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال: إن الغائب إذا عرف موضعه، فليس بمفقود فإن احتبس عن امرأته كتب إليه، إما أن يقدم عليها، وإما أن يحملها إليه، وإما أن يفارقها على ما جاء عن عمر بن عبد العزيز، وقع ذلك له في الإيلاء من **المدونة**، وفي رسم شهد من سماع عيسى من هذا الكتاب، فإن لم يفعل وطال الأمر طلق عليه، لأن ذلك من الإضرار بها. وقد قال عزّ وجلّ: ﴿ **ولا تُمْسِكُوهُنَّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا** ﴾[٣٨]، ولم يحد ها هنا حدّاً في الطول. وقال في رسم شهد المذكور: إن السنتين والثلاث في ذلك قريب، وليس بطويل. وهذا إذا بعث إليها بنفقة، وأما إن لم يبعث إليها بنفقة ولا علم له، قال: فإنها تطلق عليه بعد الإعذار إليه والتلوم عليه، وأما إن عُلم أنه

(٣٨) البقرة: ٢٣١.

موسر بموضعه، فيفرض لها النفقة عليه تتبعه بها، ولا يفرق بينهما. هذا ظاهر قول ابن حبيب في **الواضحة**. ومعنى ذلك ما لم يطل على ما قال ها هنا، والله أعلم.

ومن كتاب اغتسل على غير نيّة

وسئل مالك عن رجل طلق امرأته وله منها ثلاثة أولاد رجال، فنكحت بعده رجلاً، فولدت له ولداً، ثمّ نازع زوجها الذي فارقها ولده منها، فقال لقوم شهدوه: أشهدكم أنهم ليسوا لي بولد، فقال ابنها من غيره: آخذك بحق أمي وقد قذفتَها، وطلبت الأم ذلك، وعفا بنوه عن ذلك، قال مالك: أرى أن يحلف بالله ما أراد قذفاً، ولا قال ذلك إلا على وجه أنه يريد ولو كانوا ولدي ما صنعوا كذا وكذا، كمثل الرجل يقول لخادمه: لو كنت لي خادماً ما فعلت كذا وكذا، فإذا حلف لم أر عليه شيئاً.

قال محمّد بن رشد: وقعت هذه المسألة في كتاب القذف من **المدونة** وزاد فيها ابن القاسم، فإن لم يحلف ضرب الحدّ، وهو تمام المسألة. وإن حلف لم يكن عليه شيء، لأنه كلام إن لم يرد به القذف فليس بسب واختلف في الكلام المتردد بين السبّ والقذف، مثل أن يقول له: يا خبيث، ويا ابن الخبيث، فقال أشهب: يحلف أنه ما أراد بذلك القذف فإن حلف نكل، وإن نكل حدّ. وقال ابن القاسم في **المدونة** ينكل حلف أو لم يحلف، يريد، ويكون تنكيله، إذا لم يحلف بعد السجن أشد، واضطرب قوله في هذا الأصل، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: في المُحرِم: إنه يراجع امرأته ما دامت له عليها الرجعة، فأما المختلعة، والمباراة، ومن لا رجعة له عليها من

النساء، فلا يراجعها المُحرم، لأن ذلك نكاح جديد.

قال محمّد بن رشد: هذا كما قال، وهو مما لا اختلاف فيه أحفظه، لأن المطلقة واحدة باقية في العصمة، ما لم تنقض العدة، فليس الارتجاع بعقد النكاح(٣٩)، وإنما هو اصلاح للثّلم الذي أوجبه الطلاق فيها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن امرأة المفقود تتزوج قبل أربع سنين، قال: يفرق بينهما، فإذا انقضت عدّتها أنكحها إن أحبّ ذلك(٤٠)، عندي مثل المتوفى عنها زوجها، ولا المطلقة، إذا أنكحها قبل انقضاء العدة، ثمّ دخل بها، لأن امرأة المفقود تتزوج في أربع سنين مخالفة لهما. وإني أرى أن يكون في هذا عقوبة من السلطان، لامرأة المفقود وناكحها.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه ليس بمتزوج في عدة، إلا أن ينكشف أن نكاحه وقع في العدة، وقد دخل بها، فتحرم عليه. وقد مضى هذا المعنى والقول فيه مجوداً في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح.

ومن كتاب البر

وسئل مالك عن المرأة تصالح زوجها على رضاع ابنه ونفقته إلى فطامه، فتحتاج، ولا تجد ما تنفق عليه. قال مالك: يكلف الأب نفقته، قال ابن القاسم: ويتبعها إن أيسرت.

قال محمد بن رشد: قد روي عن ابن القاسم: أ' لا يتبعها بشيء، رواه أصبغ عنه في الموازية، وعيسى في المدنية، والقياس أن يتبعها، لأن النفقة قد وجبت عليها بالصلح، فهو في إنفاقه عنها كالحميل إذا أدّى، يرجع

(٣٩) في ق ١ نكاح.

(٤٠) في ق ١ وليست عندي.

بما غرم، وإنما قال: إنه لا يتبعها استحساناً من أجل أن النفقة واجبة عليه في الأصل، وإنما ألزم ذلك إياها من أجل ذلك، لا من أجل أنه حميل بها، إذ لم يتحمل بشيء. والمسألة متكررة في سماع أشهب من كتاب التخيير. وقد مضى القول على هذا المعنى في سماع سحنون من كتاب النكاح، والحمد لله.

مسألة

قال مالك: أرى أن يوسع على اليتيم في نفقته. وكان ربيعة يقول ذلك، ويقول: هو أثبت لهم، إذا طابت أنفسهم، وأحسن إليهم. قال مالك: ولا ينظر إلى صغره فَرُبَّ كثير[٤١] أكثر نفقة من كبير، قال مالك: وكان سالم بن عبدالله له خريطة كبيرة ليتامى له، فلا يختم عليها يجعل فيها كل شيء لهم من فضل تقطيع ثوب أو دينار أو درهم.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، ينبغي أن يوسع عليهم في الإنفاق على قدر أموالهم من غير إسراف. قال الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَالَّذِينَ إِذَا أَنْفَقُوا لَمْ يُسْرِفُوا وَلَمْ يُقْتِرُوا وَكَانَ بَيْنَ ذَلِكَ قَوَاماً** ﴾[٤٢]، وقال عمر بن الخطاب: إذا أوسع الله عليكم فأوسعوا على أنفسكم، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وقد كان من قول مالك في عدة الوفاة[٤٣] من اللائي يئسن من المحيض، واللائي لم يبلغن المحيض، أن تعتد المرأة منهن إلى مثل الساعة التي توفي فيها زوجها أو طلقت فيها، ثمّ قال بعد

---

(٤١) في ق ١ فرب صَغير. وهو الأنسب.
(٤٢) الفرقان: ٦٧.
(٤٣) في ق ١ الطلاق.

ذلك: أرى أن يلغى بقيــة ذلك اليوم. قال ابن القاسم: وأنا أرى أن يُلغى ذلك اليوم، فإن امرأة تزوجت بعد الوقت الذي هلك زوجها فيه، أو طلقها، لم أرَ أن يفسخ، لأنها قد استكملت الذي قال الله في كتابه وتزوّجت بعده.

قال محمّد بن رشد: قول مالك الأول، هو القياس، إذ لا اختلاف في أنه يجب عليها أن تبتدىء العدة من الساعة التي طلق فيها زوجها أو توفي عنها، ولا يصح لها بإجماع، أن تلغي بقيـة ذلك اليوم فتبتدىء بالعدّة من عند غروب الشمس، فإذا وجب عليها بإجماع أن تبتدىء بالعدّة من تلك السّاعة، وتجنبت الطيب والزينة من حينئذ، إن كانت عدّة وفاة، وجب أن تحل في تلك السّاعة من النهار، وبقاؤها إلى بقيّة النهار، زيادة على ما فرضه الله عليها. ووجه القول الثاني أن السنة والشهر واليوم، لما كان أوّل كل واحد منها غروب الشمس عند العرب، بخلاف العجم. وأجمع أهل العلم لذلك، أن من نذر اعتكاف يوم، يبدأ من أوّل الليل، رأى أن تبتدىء المعتدة بعد أيّام عدتها من عند غروب الشمس، فمعنى قوله: أرى أن تلغي بقية ذلك اليوم، معناه، تلغيه في حسابها، لا أنها تكون فيه غير معتدة. فإن تزوجت المرأة على قول مالك الثاني، بعد الوقت الذي هلك زوجها فيه، وقبل غروب الشمس، فسخ نكاحه. وقول ابن القاسم قول ثالث في المسألة، استحسان مـراعاة للاختلاف، وقد مضى في سماع سحنون من كتاب النذور ما يزيد هـذه المسألة بياناً، والله الموفق.

ومن كتاب ابتاع غلاماً بعشرين ديناراً

وسئل مالك عن رجل قال لامرأته: أنت طالق واحدة إن بت عنك فبات عنها، فطلقت منه بواحدة، ثمّ ارتجعها، ثمّ بات عنهـا بعد ذلك ليالي. قال: لا شيء عليه إلا الأولى.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة صحيحة على أصله في المدونة وفي غير

ما مسألة من العتبية، حاشا مسألة الوتر، في رسم حلف من سماع ابن القاسم من كتاب النذور. وقد استوفينا القول على ذلك هنالك، فلا معنى لإعادته، والله الموفق.

مسألة

وسئل عن امرأة غاب عنها زوجها، فأنفقت مالاً. قال: إن أنفقت شيئاً من مالها أو دراهم، لم تعين فيها، فأراه لها عليه غرماً يغرمه زوجها لها، رفعت ذلك إلى السلطان أو لم ترفعه، وذلك إذا أقر به، فإن لم يقر به، فمن يوم ترفعه إلى السلطان، فإن أنفقت عشرة دنانير كل سنة، فهي عليه غرم، وإن تعينت في ذلك لم يلزم زوجها ما أربت في ذلك، ينظر إلى قيمة ما أنفقت، فيكون على الزوج، وما أربت في ذلك فهو على المرأة، وأرى إذا كان على الزّوج ديناً كثيراً ممّا له، حَاصَّتِ المرأة الغرماء بما أنفقتْ. قال ابن القاسم: من يوم ترفع ذلك إلى السلطان، وكانت هي والغرماء إسوة يتحاصون في ماله. قال سحنون في الدين المحدث: وأما الدين القديم، فإنها لا تحاص أهله إذا كان ذلك الدين قبل نفقتها، لأنه لم يكن موسراً حين أنفقت وعليه دين يحيط بماله، وإنما النفقة لها إذا كان موسراً، فهو إذا كان دينه يحيط بماله، فهو غير موسر، ولا نفقة لها عليه.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنها إن تعينت فيها أنفقت على نفسها في مغيب زوجها فأربت في ذلك، لم يلزم زوجها ما أربت به، معناه: إن اشترت ما تأكل أو تلبس بدين، إن لم يكن عندها نقدٌ، فزادت من أجل ذلك في الثمن، لم يكن لها أن ترجع عليه إلا بثمن بمثل ذلك نقداً، والزائد على ذلك يكون عليها، ولا يلزم الزّوج من ذلك شيء. وقوله: فإن لم يقر به فمن يوم ترفعه إلى السلطان، هو المحفوظ في المذهب. وقد مضى في رسم طلق ما في

ذلك من الاختلاف. وقوله: إنه إن كان عليه دين أكثر من ماله، حاصّتِ المرأة الغرماء بما أنفقت، معناه: من يوم ترفع ذلك، على ما قال ابن القاسم، إذ لا يجوز إقراره لها بالإنفاق من أجل الدين الذي عليه، إذ لا يجوز إقرار المديان لمن يتهم عليه. ومعناه عندي في الدّين المستحدث، على ما قال سحنون. وقد كان بعض الشيوخ يحمل قول سحنون، على أنه خلاف لقول مالك، ويقول لها على ظاهر قول مالك، محاصّة الغرماء في الدين القديم، لأن للغريم أن ينفق على امرأته ما لم يفلس، وإن أحاط الدّين بماله، وليس ذلك عندي بصحيح، لأن إنفاقه على امرأته، بخلاف إنفاق امرأته على نفسها ورجوعها عليه بما أنفقت إذ لا يتحقق أنه لم يخلف عندها نفقة، فلعله قد ترك عندها نفقة فجحدت ذلك ورفعت أمرها إلى السلطان، اعداداً ليكون القول قولها،فرجوعها على الزّوج بالنفقة التي ادعت، إنما هو دين أوجبه الحكم لها، فيجب ألا يحاصّ به إلا في الدين المستحدث، كما قال سحنون. ولو كانت نفقتها على نفسها في مغيب زوجها بعد رفعهاأمرها إلى السلطان، كنفقته هو عليها لوجب أن يبدأ بها على الغرماء إذ نفقتها هو عليها في حكم المبداة، وهذا بيّن، وبالله التوفيق لا ربّ غيره ولا معبود سواه.

ومن كتاب صلّى نهاراً

وسئل عن رجل أعتق عبداً له صغيراً، وللعبد أم، هي أمة الرّجل المعتق، وللغلام جدة حرّة، فأرادت الجدّة قبضه منه. قال مالك: لا أرى أن يفرق بينه وبين أمه، إلا أن يكون ذلك مضراً به.

قال محمّد بن رشد: إنما رأى ألا يفرق بينه وبين أُمه، ورآها أحقّ بحضانته من جدّته الحرة، لأن سيدها هو الذي ينفق عليه، من أجل أنه أعتقه صغيراً. ألا ترى أن قول مالك وغيره في المدونة وغيرها، أن من أعتق صغيراً وأمه عنده، إنه لا يبيعها إلا ممن يشترط عليه نفقته، ليكون مع أمه في

نفقة سيّدها، وكان القياس أن تكون الجدة الحرة أحقّ بحضانته من الأم، من أجل سيدها، كما أنها أحقّ بحضانته من الأم، من أجل زوجها إن كان لها زوج، لأن حكم السيد على أمته، أقوى من حكم الزّوج على زوجته. وما أدري لم أوجبوا على من أعتق صغيراً ثمّ باع أُمه، أن يشترط نفقته على المشتري حتّى يبلغ؟ وما المانع من أن يكون مع أمه عند المشتري، وتكون نفقته على البائع ورضاعه؟ اللّهمّ إلا أن يقال: نفقته لا تلزمه، إلا أن يكون عنده، فيكون المعنى في المسألة على هذا إنه إنما أوجب عليه ألا يبيعها إلا لمن يشترط عليه نفقته[٤٤] من عنده، وهو عند المشتري ويلزم على قياس هذا في الذي أعتق الصغير وأمه أمة عنده، وله جدّة حرَّة أن تكون الجدّة أحق بحضانته إذا رضي المعتق أن ينفق عليه، وهو عندها ورضيت هي بالتزام نفقته، فانظر في ذلك.

مسألة

قال مالك: في أمة زوجها سيّدها، ثمّ طلقها زوجها، فوطئها سيدها في عدّة من طلاق أو وفاة، قال: لا أرى لسيّدها أن يطاها بعد أن تحل أبداً، مثل النكاح.

قال محمّد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها في رسم باع غلاماً من هذا السماع من كتاب النكاح فلا معنى لإعادته.

ومن كتاب مرض وله امّ ولد

وسئل مالك عن رجل مرض، فذهب عقله، فطلق امرأته ثمّ أفاق فأنكر ذلك، وزعم أنه لم يكن يعقل الذي صنع، وأنه كان لا يعلم شيئاً من ذلك. قال: أرى أن يحلف ما كان يعقل، ويخلى بينه وبين أهله.

---

(٤٤) في ق ١ عقب قوله: نفقته: «إذا لم يرد هو أن يخرج نفقته من عنده».

قال محمّد بن رشد: وإنما يكون ذلك إذا شهد العدول أنه كان يهذي ويتخبّل عقله، وأما إذا شهدوا أنه لم يستنكر منه شيء في صحة عقله، فلا يقبل قوله، ويمضي عليه الطلاق. قاله ابن القاسم في العشرة. وكذلك الحكم في السكران. روى ذلك زياد عن مالك. وقد مضى القول في حكم السكران مستوفى في أوّل كتاب النكاح. وهذه المسألة المتكررة في هذا الرسم من كتاب الأيمان بالطلاق، والله الموفق.

مَسْــألة

قال ابن القاسم: وإن قتل أحداً كان من الخطأ، وكان على العاقلة، وما أفسد أو كسر كان بمنزلة الموسوس في ماله، وما جرح كان من الخطأ إن كان ممّا تَحمِله العاقلة فعليهم، وإن كان ممّا لا تحمله العاقلة فعليه.

قال محمّد بن رشد: حكم ابن القاسم في هذه الرّواية للمريض الذي ذهب عقله، والموسوس فيما جنا أو أفسد من الأموال، بحكم الصحيح، يفعل ذلك خطأ، فأوجب عليهما ضمان ما أفسدا من الأموال، وحمل العاقلة ما بلغ من جنايتهما الثلث فصاعداً، وهو على قياس قول مالك في رواية أشهب عنه، من كتاب الجنايات في المجنون المغلوب على عقله، إنه ضامن لما أفسد من الأموال وقد قيل: إن جميع ما أصاباه في الدماء والأموال هدر، كالبهيمة. قاله ابن المواز في أحد قوليه في الصغير يحْبُو فيصيب إنساناً بجرح أو غيره، إنه لا عقل فيه، وقد قيل: إن ما أصاباه من الأموال فهو هدر، وما أصاباه من الدماء والجراح فهو في أموالهما، إلا أن يبلغ الثلث فصاعداً، فيكون على العاقلة، وهو قول ابن القاسم في رسم العشور من سماع عيسى من كتاب الجنايات. **وجه القول الأول**: أن جناياتهم في الأموال والدماء، لما كانت بغير قصد منهم، إذ لا يصح القصد منهم، أشبهت جنايات العاقل خطأ، إذ ليست بقصد منه إليها، **ووجه القول الثاني**: أنهم لمّا كانوا في هذه الحال ممّن لا

يصح منهم القصد، أشبهوا البهيمة التي لا يصح منها القصد، فكانت جناياتهم هدراً، ووجه **القول الثالث**: أنه لمّا كانت الأموال يضمنها العاقل بالقصد وغير القصد، من أجل أنه ممّن يصح منه القصد، وجب ألا يضمنها من لا عقل له، من أجل أنه ليس ممّن يصحّ منه القصد. ولمّا كانت الدماء والجراح يفترق فيها من العاقل القصد من غير القصد، وجب أن يحكم فيها على من لا يعقل، بحكم من يعقل، إذا لم يقصد، إذ لا يصح ممن لا يعقل، وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: إذا طُلقت المرأة فادّعت حملاً، أنفقت على نفسها من مالها. فإذا تبيّن حملها، أعطيت ماأنفقت، فإن طاوعها فأنفق عليها طائعاً، ثمّ تبيّن له أنه ليس بها حمل، لم أر عليها غرماً، وإن قضى عليه السلطان بذلك رأيت أن يغرم.

قال محمّد بن رشد: قد قيل: إنه يرجع عليها وإن أنفق عليها بغير قضاء، وهو قول ابن الماجشون وروايته عن مالك واختيار محمّد بن الموّاز. وقيل: إنه لا رجوع له عليها، وإن أنفق عليها بقضاء، وهو قول مالك في كتاب النكاح لابن المواز. ولهذه المسألة نظائر كثيرة، تفوتُ العدّ. منها مسألة كتاب الشفعة من **المدوّنة** في الذي يثيب على الصداق وهو يظن أن الثواب يلزمه. ومنهامسألة كتاب الصلح منها في الذي يصالح عن دم الخطأ، وهو يظن أن الديّة تلزمه. ومنها مسألة الصداق، في سماع أصبغ من كتاب النكاح. ومنها ما في سماع أصبغ من كتاب الشهادات، وما في سماع عيسى ونوازل سحنون من كتاب الهبات والصدقات.

مسألة

وقال مالك: في المرأة الحامل إذا طلقت فطلبت الكسوة، قال: ينظر في ذلك إلى ما بقي لها من الأشهر، ثم ينظر إلى قدر

الكسوة، فتعطى دراهم على قدر ما بقي لها من قدر الكسوة، والكسوة عندنا الدرع والخمار والإزار، وليست الجبّة عندنا كسوة.

قال محمّد بن رشد: وقعت هذه المسألة ها هنا مجملة وبيانها في رسم الصبرة من سماع يحيى. قال فيه: إنها إن طلقت في أوّل الحمل فطلبت الكسوة، فلها الكسوة، وإن طلبتها ولم يبق من أجَل الحمل إلا الشهرين والثلاثة، أو نحو ذلك، قوم لها ما كان يصير لتلك الأشهر، من الكسوة لو كسيت في أوّل الحمل، ثمّ تعطاه دراهم، ولم تكس، لأنها إن كسيت انقضى الحمل والكسوة جديدة، وهذا إذا كانت الكسوة ممّا تبلى في مدّة الحمل، وأما إن كانت لا تبلى في مدة، مثل الفرو والمحشو وشبه ذلك، فالوجه فيه أن ينظر إلى ما ينقصه اللباس في مدّة الحمل، فيعرف ما يقع من ذلك للأشهر الباقية، وبالله التوفيق.

ومن كتاب المحرم يتخذ الخرقة لفرجه

وسئل مالك عن رجل حلف ألا يصحب أخاً له في سفر، فيقدم قبله بيوم، ثمّ إنه أدركه في الطريق، فكان يسايره ويصحبه، غير أنه مفارق له في النفقة، قال: لا أرى أن يفعل ذلك، قيل له: إنه قد فعل، قال: إن كانت يمينه خفيفة فليكفر، وإن كانت ثقيلة فإني أخاف عليه. قيل له: إنه حلف بتطليقة واحدة، أترى له أن يراجعها؟ قال: منذ كم حلف، قال: منذ خمس عشرة ليلة، وامرأته غائبة، قال: نعم أرى أن يجعلها تطليقة، ويشهد على رجعتها.

قال محمّد بن رشد: هو بما يقتضيه اللفظ حانث، لأنه حلف ألا يصحبه في سفر، وسايره فيه، والحنث يدخل بأقل الوجوه، إلا أن المعنى في يمين الحالف، ألا يصحب أخاً له في سفر، ألا يصحبه صحبة الارتفاق والانتفاع، فلذلك لم يحقق عليه الحنث. وقال: أخاف عليه. ورأى إيجابه على

نفسه إبراءً لساحته[٤٥] فأمره أن يجعلها طلقة، قد حنث فيها، ويرتجع إذا كانت لم تنتقض[٤٦]، والله الموفق لا ربّ سواه.

ومن كتاب سعد في الطلاق

وقال مالك: في الذي يطلق امرأته وهي ترضع، فيريد أن ينتزع منها ولدها، ويزعم أنه يريد بذلك ألا تتأخر حيضتها، ولئلا ترثه إن مات، أو تريد هي ذلك، ولعلّ الولد قد عرف أمه، قال مالك: إن تبيّن أن قوله: أخاف أن يتأخر الحيض صِدْقاً لا يريد بذلك ضرراً، ولم يعرف الولد أُمه، فلا يقبل غيرها، رأيت ذلك له، وإن رأى أنه إنما يريد الضرر، منع من ذلك وإن كان الصبي قد علق أُمّه، وخيف عليه في نزعه منها ألا يقبل ثدي غيرها، لم يكن ذلك له أيضاً. قال مالك: والمرأة إذا أرادت أن تضع[٤٧] رضاع ولدها، وتحوله إلى غيرها، كهيئة ما وصفنا من أمر أبيه، لم يكن ذلك لها.

قال محمّد بن رشد: أما إذا علق الولد أمّه ولم يقبل ثدي غيرها، فليس للأب أن ينتزعه منها، لما ذكره، ولا للأم أن تطرحه إليه أيضاً. وأما إذا لم يكن يعلق أمه، فللأم أن تطرحه إليه إن شاءت، إذ ليس يجب عليها إرضاعه إذا كان للأب مال، وهو يقبل ثدي غيرها، إلا أن تشاء، وليس للأب أن ينتزعه منها، مخافة ما ذكره، إلا أن يتبيّن تصديق قوله، ويعلم أنه لم يرد بذلك الضرر. هذا تحصيل قول مالك في هذه المسألة. وقوله في الأم إذا أرادت أن تدع رضاع ولدها، وتحوله إلى غيرها، كهيئة ما وصفنا من أمر أبيه، لم يكن ذلك لها، معناه إذا لم يقبل ثدي غيرها. قال ابن الموّاز: وهذا

(٤٥) وقع في الأصل خطأ مطبعي في كتابة هذه الفقرة، فوضع إزاءها (كذا).
(٤٦) في ق ١ إذا كانت العدة لم تنقض.
(٤٧) في ق ١ تدع.

في طلاق الرّجعة. قال مالك: وكذلك إن قال لأني أريد أن أتزوج أختها أو عمّتها أو خالتها، أو كانت رابعة، فقال: لأتزوّج غيرها، فذلك له إن شاء، وكذلك إذا كان يقبل ثدي غير أمه، وكذلك إن كانت الأم هي الطالبة، فقول مالك هذا فذلك له إن شاء، معناه: إذا تبيّن صدق قوله، وأنه لا يريد بذلك ضرراً على ما قال في مسألة الكتاب. وقوله وكذلك إن كانت الأم هي الطالبة لطرحه، معناه: إن ذلك لها إن أرادت، كما يكون ذلك للأب، إذا علم أنه لا يريد بذلك، إلا ما ذكر، لا الضرر، إذ لا يستوي حكم الأب والأم في ذلك، إلا على الوجه الذي ذكرناه، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: في رجل قال لامرأة تزوجها ومعها أمها، إن حلت بينك وبين أمك فأمرك بيدك، فخرجت الأم، وقد كانتا في بيت واحد، فأرادت امرأته أن تأتي أمها، فمنعها من ذلك، وقال: لم أرد إلا ألّا أفرق بينكما، وأنتما في بيت واحد، إن خرجت عنك أمك، فلا آذن لك إليها، وليس على هذا حلفت، قال مالك: أرى ذلك إلى نيّته، ويحلف بالله ما أردت إلا ذلك.

قال محمّد بن رشد: وهذا على ما قال، لأن النيّة التي ادعى الزّوج محتملة، فوجب أن يصدق فيها، واستظهر عليه باليمين، لما تعلق في ذلك من حقّ الزوجة، لأنها تتهمه أن يكون كاذباً فيما ادّعى من نيّة، فهي يمين تهمة يدخلها من الخلاف ما في لحوق يمين التهمة. وبالله التوفيق.

مسألة

قال مالك: في أُم الولد يتوفى عنها سيّدها وهي حامل، والحرّة يتوفّى عنها زوجها وهي حامل، ليس لواحدة منهما نفقة، لا من جملة المال، ولا من حصّة الولد.

قال محمّد بن رشد: أمّا الحرّة يتوفّا عنها زوجها وهي حامل، فلا اختلاف في المذهب في أنه لا نفقة لها، لا من جملة المال، ولا من حصّة الولد، وحسبها ميراثها، وأمّا أم الولد يتوفى عنها سيّدها وهي حامل، فالمشهور أنه لا نفقة لها، كالزوجة، وقد روي عن مالك، أنّ لها النفقة من جملة المال، وهو قول ابن القاسم في **كتاب ابن المواز**. قال: لا سكنى لأم الولد على السيّد من عتق أو موت، إلا أن تكون حاملاً، فلها النفقة والسكنى، ولها المبيت في الحيضة في غير بيتها، من عتق أو وفاة. وقال أشهب: لها السكنى على الضعف من غير إيجاب، ولكن استحباب، إلا أن تكون حاملاً، واختلف على القول بأنه لا نفقة لها في الأمة يموت عنها سيّدها وهي حامل، فقيل: إن لها النفقة، لأنها لا تخرج حرّة حتّى تضع، مخافة أن ينفش الحمل، وهو قول ابن الماجشون، وأحد قولي مالك، وقيل: إنه لا نفقة لها لأنها حرّة، بتبيّن الحمل، وهو المشهور، وأما أم الولد إذا أعتقها سيّدها وهي حامل، فلها النفقة. وروي ذلك عن مالك وهو قول ابن القاسم في **الواضحة**. وسفيان الثوري يرى للحرّة إذا توفيّ زوجها وهي حامل النفقة من جملة المال. وروي ذلك عن عبدالله بن عمر، فبلغ ذلك قبيصة بن ذؤيب فقال: سبحان الله لو جعلت لها النفقة لجعلت من حظ ذي بطنها، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: في مطلقة مبتوتة ادّعت الحمل وطلبت النفقة، قال مالك: تنفق من مالها، وتحسب ذلك على زوجها، حتّى يتبيّن حملها، فتأخذ ذلك منه، وينفق عليها فيما يستقبل، حتى تضع حملها، فإن انكشف أمرها على غير حمل غرمت له ما أنفق عليها.

قال محمّد بن رشد: قد قيل: إنه لا نفقة لها حتّى تضع، مخافة أن ينفش الحمل، وهو أحد قولي مالك في **مختصر ابن شعبان**، وقد مضى القول إذا أنفق عليها ثمّ انفش الحمل في رسم مرض فلا معنى لإعادته.

مَسْألة

وقال مالك: لا أرى شهادة المرأة الواحدة تقطع شيئاً، إلا أن يكون شيئاً قد فشى وعلم في صغرهما، وأما شهادة امرأة لم تثبت من أمر رضاعها عند الأهلين والمعارف، حتّى يكون ذلك شيئاً قد علم، فلا أرى شهادتها جائزة. قال مالك: وشهادة المرأتين لا تقطع شيئاً، إلا أن يعلم ذلك ويُذكر، فتجوز شهادتهما على ما وصفت.

قال محمّد بن رشد: هذا مثل ظاهر ما في كتاب النكاح الثاني من **المدونة**، من أن شهادة امرأة واحدة تجوز في الرضاع مع الفشو، خلاف ما في كتاب الرّضاع، من أنه لا يجوز في ذلك إلا شهادة امرأتين مع الفشو أيضاً. وقال مطرف وابن الماجشون، وابن وهب، وابن نافع، وسحنون: تجوز شهادة المرأتين في ذلك، والمرأة والرّجل، وإن لم يفش ذلك، قبل ذلك من قولهما. فشهادة امرأتين مع الفشو تجوز باتفاق، وشهادة المرأة الواحدة دون فشو، لا تجوز باتفاق، ويختلف في شهادة المرأة الواحدة مع الفشو، وفي شهادة المرأتين دون فشو، ومن يشترط الفشو في شهادتهما، لا يشترط العدالة ومن لا يشترط الفشو، يشترط العدالة، وقد مضى القول على هذا أيضاً في رسم جاع فباع امرأته من سماع عيسى من كتاب النكاح، والله الموفق.

مَسْألة

وقال مالك: في الرّجل يطلق امرأته ثمّ يرتجعها، ويكتمها رجعتها حتّى تنقضي عدّتها، وهو مقيم معها في البلد، ثمّ يريد أن يراجعها قال: ذلك له ما لم تنكح، والحاضر والغائب في هذا سواء، بمنزلة أنه أملك بها، ما لم تنكح، إلا أن الحاضر أعظم في الظلم.

قال محمّد بن رشد: وهذا على ما قال، لأن الارتجاع إليه، وليس من شرط صحته أن يعلمها بذلك، إلا أنه يستحب له ذلك، فإذا راجعها وأشهد

على رجعتها في العدة فهي زوجته، وإن انقضت عدّتها قبل أن تعلم بذلك، وبالله التوفيق.

من سماع أشهب وابن نافع عن مالك
من كتاب الطلاق الثاني

قال سحنون: قال أشهب وابن نافع: سئل مالك عن المفقود في أرض الإسلام بين الصفين، والمفقود في أرض العدو بين الصفين، كم تعتد امرأته؟ فقال: سنة، قيل له: تعتد بعد السنة أربعة أشهر وعشراً؟ قال: نعم، قيل له: ومتى يضرب لها اجل سنة؟ أمن يوم فقد،أم من يوم يضرب لها السلطان؟ قال: من يوم يضرب لها السلطان، وينظر في أمرها.

قال محمّد بن رشد: قوله في المفقود في أرض الإسلام بين الصفين، يريد في الفتن التي تكون بين المسلمين، فساوى في هذه الرواية بين قتال المسلمين، وفي قتال العدو، وجعلهما جميعاً في حكم المفقود، إلا في ضرب الأجل، فإن المفقود يضرب له أجل أربع سنين، ويضرب لهذين أجل سنة، ثمّ تعتد امرأته بعد الأجل، وتتزوج إن أحبت، ولا يقسم ماله حتّى يأتي عليه من الزمان ما لا يحيى إلى مثله، وإن كان لم يتكلم في الرّواية على قسم المال، فهذا هو مراده فيها. والله أعلم، بدليل قوله: إن ضرب الأجل إنما يكون من يوم يضربه السلطان، وينظر فيه، والعدة من بعد انقضاء الأجل، على حكم ضرب الأجل في المفقود والعدّة، إذ لو كان المال يقسم، لما كان في ذلك ضرب أجل، إلا على سبيل التلوم، ولكانت العدة من يوم المعركة، وعلى هذا حمل أحمد بن خالد رواية أشهب هذه، وقال: إنه قول الأوزاعي، فالمفقودون على هذه الرواية ثلاثة: مفقود في بلاد المسلمين، له حكم(٤٨)، ومفقود في بلد

(٤٨) في ق ١ له حكم المفقود.

الحرب، له حكم الأسير، ومفقود في الحروب، له حكم المفقود في بلاد المسلمين، إلا في ضرب الأجل، وهو قول مالك في رواية أشهب هذه، وجعل مالك في رواية ابن القاسم عنه الواقعة في رسم أسلم، من سماع عيسى، حكم المفقود في قتال العدو، وحكم الأسير، كالمفقود في بلاد الحرب، وحكم للمفقود في قتال المسلمين في الفتن التي تكون بينهم، بحكم الميت، يقسم ماله، وتتزوج امرأته بعد أن تعتد، وقيل: بعد أن يتلوّم له إن كانت المعركة بعيدة من بلده. وسيأتي الكلام على هذا في رسم أسلم من سماع عيسى إن شاء الله.

مسألة

وسئل عن التي يتوفى عنها زوجها وقد امتشطت أتنقض مشطها؟ فقال: لا، أرأيت إن كانت مختضبة كيف تصنع؟ لا أرى أن تنقضه، قال ابن نافع: وهو رأيي.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنه ليس عليها إذا توفي عنها وهي ممتشطة، أن تنقض مشطها، معناه إذا كانت امتشطت بغير طيب، وأما لو كانت امتشطت بطيب، أو تطيبت في سائر جسدها، لوجب عليها أن تغسل الطيب، كما يجب عليها لو توفّي عنها وهي لابسة ثوب زينة، أن تخلعه عنها، وكما يجب على الرّجل إذا أحرم وهو متطيّب، أن يغسل الطيب عنه، كما أمر عمر بن الخطاب، معاوية بن أبي سفيان، وكثير بن الصلت، وعلى ما جاء عن النبي من قوله للأعرابي الذي أحرم بعمرة وعليه قميص وبه أثر صفرة «**انْزِعْ قَمِيصَكَ، وَاغْسِلْ هَذِهِ الصُّفْرَةَ عَنْكَ وافْعَلْ فِي عُمْرَتِكَ مَا تَفْعَلُ فِي حَجَّتِكَ**»(٤٩).

مسألة

قال: وسمعته كتب إلى ابن فروخ وسأله عن رجل قال:

(٤٩) رواه مالك في الموطأ في حكم «الطِّيب في الحج».

أشهدكم أني طلقت امرأتي يوماً من الدّهر، فقد ارتجعها، ثمّ طلّقها بعد تطليقه، ولم يكن شأنه ارتجاعها، هل يكون ذلك له أم لا حتّى يرتجعها بعد الطلاق بقول مستقبل؟ قال: هذا مثل الأوّل، ولا أرى ذلك ثابتاً من قوله حتّى يرتجعها قبل(٥٠) الطلاق، ولا يكون ارتجاع قبل الطلاق فيما أرى، والله أعلم.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الرّجعة لا تكون إلا بنيّة بعد الطلاق، لقول الله عزّ وجل: ﴿لَا تَدْرِي لَعَلَّ اللَّهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَٰلِكَ أَمْراً﴾(٥١)، والفرق من جهة المعنى بين الطلاق قبل النكاح، والرّجعة قبل الطلاق، أن الطلاق حقّ على الرّجل، والرّجعة حقّ له، فالحقّ الذي عليه يلزمه متى ما التزمه، والحق الذي له، ليس له أن يأخذه قبل أن يجب له، ولا اختلاف في أنه ليس لأحدٍ أن يأخذ حقّاً قبل أن يجب له، وإنما اختلفوا في إسقاطه قبل وجوبه، كالشفعة له أن يسقطها قبل وجوبها على اختلاف، وليس له أن يأخذها قبل وجوبها باتفاق، وبالله التوفيق.

مَسْـألة

قال: وسمعته يسأل عن الذي يكتب إلى امرأته بطلاقها، فقال: أراه من ذلك في سعة مخيّراً، حتّى يخرج الكتاب من يده، فإذا خرج من يده، كان عندي بمنزلة الإشهاد، ورأيت أن قد لزمه طلاقها، بمنزلة الذي يكتب كتاباً بصدقة، فهو مخيّر فيه حتّى يخرج من يده، ينظر ويستخبر، فإذا خرج من يده، كان بمنزلة ما لو أشهد عليه، ورأيت ذلك ماضياً عليه، لأن الذي يكتب الكتاب هكذا بشيء هو كتبه يقول: انظرْ واستخبرْ فيه، فهو يكتب، وهو يريد النظر والاستخبار، فأنا أرى هذا هكذا، إلا أن يكون حين كتب

(٥٠) كذا.

(٥١) الطلاق: ١.

بذلك قد عزم على الطلاق والصدقة، فأرى ذلك نافذاً وإن لم يخرج من يده الكتاب في الطلاق وفي الصدقة كذلك أيضاً.

قال محمّد بن رشد: قوله: أراه من ذلك في سعة مخيّراً، معناه: إذا كتبه غير عازم على إنفاذه.

وتحصيل القول في هذه المسألة أن الرّجل إذا كتب طلاق امرأته لا يخلو من ثلاثة أحوال: **أحدها** أن يكون كتبه مُجمعاً على الطلاق، **والثاني** أن يكون كتبه على أن يستخبر فيه، فإن رأى أن ينفذه أنفذه، وإن رأى ألا ينفذه لم ينفذه، **والثالث** أن لا تكون له نيّة. فأما إذا كتبه مجمعاً على الطلاق، أو لم تكن له نيّة، فقد وجب عليه الطلاق، طاهراً كانت أو حائضاً، فإن كانت حائضاً أُجبر على رجعتها، وأما إذا كتبه على أن يستخبره ويرى رأيه في إنفاذه، فذلك له ما لم يخرج الكتاب من يده. قال في **الواضحة** وكتاب **ابن المواز**: ويحلف على نيّة فإن أخرج الكتاب من يده عازماً على الطلاق، ولم تكن له نيّة، وجب عليه الطلاق بخروج الكتاب من يده، وصل إليها أو لم يصل، طاهراً كانت أو حائضاً أيضاً، ويجبر على رجعتها إن كانت حائضاً. واختُلف إن أخرج الكتاب من يده، على أن يرده إن بدا له، فقيل: إن خروج الكتاب من يده كالإشهاد، وليس له أن يرده وهي رواية أشهب هذه. وقيل: له أن يرده إن أحبّ، وهو قوله في **المدونة**. والقولان في رسم النَّسَمة من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وسواء على مذهب ابن القاسم كتب إليها: أنت طالق، أو إذا طهرت من حيضتك فأنت طالق لأنه عنده أجل آت، فيتعجل عليه الطلاق، وقال أشهب: إذا كتب إليها: إذا طهرت فأنت طالق، أو إذا حضت فأنت طالق، لم يعجل عليه الطلاق حتّى تطهر، وحتّى تحيض. فأما قوله: في إذا حضت إنه لا يعجل عليه الطلاق، فله وجه، إذ قد لا تحيض، فأشبه قوله: إذا قدم فلان فأنت طالق، وأمّا قوله: إذا طهرت فليس بيّن، إذ لا بد أن تطهر، وإن تمادى بها الدّمُ كانت مستحاضة، والمستحاضة في حكم الطاهر، والذي نحا إليه أنها تموت قبل أن تطهر، فيكون الطهر لم

يأت، بخلاف الأجل الذي لا بدّ من إتيانه، ماتت أو لم تمت. وإذا كتب إليها على مذهب أشهب إذا طهرت فأنت طالق، فإن كانت حائضاً لم(٥٢) يقوم عليه طلاق حتّى تطهر، وإن كانت طاهراً وقع عليها الطلاق، وقيل: لا يقع عليها إلّا بالطهر الثاني، على اختلافهم فيمن قال لأمته: إذا حملت فأنت حرّة وهي حامل. قال محمّد بن الموّاز: وأحبّ إليّ لمن أراد أن يطلق امرأته الغائب، أن يكتب إليها: إذا جاءك كتابي هذا، فإن كنت قد حضت بعدي وطهرت فأنت طالق، مخافة أن يقع طلاقه إيّاها في حال الحيض، وهذا جيّد، إلا أنه قد لا يقع عليه طلاق أصلاً إن كانت لم تحض بعده وطهرت، لأنه إنما طلقها على هذا الشرط، فإن كتب إليها: إن وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق، فلا اختلاف في أنه لا يقع عليه الطلاق، إلا بوصول الكتاب إليها فإذا وصل إليها طلقت مكانها، وأُجبر على رجعتها إن كانت حائضاً، فإن كتب إليها: إذا وصل إليك كتابي هذا فأنت طالق، وأرسل إليها به، فيتخرّج ذلك على قولين: أحدهما إن ذلك بمنزلة كتابه إليها: إن وصل إليك كتابي هذا. والثاني إن الطلاق يقع عليه مكانه، على الاختلاف في القائل لامرأته: إذا بلغت معي موضع كذا وكذا فأنت طالق، حسبما وقع من ذلك في رسم سلف من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وفي سماع عبد المالك بن الحسن منه، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن جاريّة متزوّجة كانت تكتب إلى أبيها تسأله أن يزورها وهو عنها غائب، فلم يفعل، فلمّا رأت ذلك، سألت زوجها أن يكتب إليه: إني قد طلقت ابنتك، ليأتيها، فكتب زوجها بذلك إليه، ثمّ خاف ذلك، وأخذ بنفسه منه شيء، ولم يكن حين كتب بذلك إلى أبيها يريد طلاقها. فقال: إن صحّ هذا هكذا، فلا أرى

(٥٢) في ق ١ يقع.

عليه شيئاً ولا طلاقاً، إن صحّ هذا، وكان على هذا، وشديد أن يعمد الرّجل الذي بيده الطلاق، فيكتب بهذا، لو كانت هي كتبت ذلك على لسانه، وإني لأخاف أن تكون إنما أرادت خديعة، فإن صحّ هذا على هذا فلا أرى عليه طلاقاً ولا شيئاً، ورأيت إن قام أبوها الآن بالكتاب فقال: هذا كتابك الذي بطلاق ابنتي ألا شيء له، فقيل له: إنه ليس يخاصمه أحد، إنما هو أمرٌ فيما بينه وبين الله، قال: إن صحّ هذا فلا أرى عليه طلاقاً، قيل: أرأيت إن قام أبوها بالكتاب وقال: لو كان دعا قوماً فأشهدهم على هذا وقال: إنما سألتني أن أكتب هذا الكتاب كذا، وأنا أكتب به لذلك، لا أريد به طلاقاً، قيل له: أرأيت إن لم يكن أشهدهم، وجاء أبوها بالكتاب، فجاءت هي وهو يقتصُّ هذه القصة، أترى أن يستحلف؟ قال: لا أدري، وما الناس كلهم عندي سواء في مثل هذا الاختلاف، أما الرّجل المأمون، فكنت أرى في رأيي أن يقبل ذلك منه، ويصدق فيه. قيل له: أرأيت لو أن المرأة قالت أردت خديعة بذلك، وأردت الطلاق، فأنكر ذلك، قال: إن علم ذلك من شأنهما، لم أر عليه حنثاً، وإن لم يكن إلا قوله وقد ظهر كتابه بطلاقها، وثبت ذلك عليه، رأيت أن يطلق عليه. قيل له: أي الطلاق؟ قال: ينوَّى ويكون واحدة.

قال محمّد بن رشد: في ألفاظ هذه المسألة إشكال، وفي ظاهر كلامه فيها اضطراب واحتمال، والذي يتحصّل منه أنه إن صحّ الوجه الذي ذكره في كتابه إلى أبي زوجته أنه طلقها، يريد ببيّنة تشهد على ذلك، أو جاء الزوج مستفتياً وحده فلا طلاق عليه، وإن جاؤوا كلهم معاً، يذكر الزّوج والزّوجة القصة على وجهها، ويقول الأب: أنا لا أدري صدقهما من كذبهما، صدق مع يمينه، إن كان مأموناً، وإن قام الأب بالكتاب في مغيب الزّوج، فلما وقف عليه أقرّ به، وادّعى أنه إنما كتب بذلك، كما ذكر، لم يصدق في ذلك إلا أن

يكون قد أشهد شهوداً على أنّه إنما كتب بالطلاق لذلك، فإن لم يكن أشهد على ذلك، لزمه الطلاق. قال في الرّواية ينوًى وتكون واحدة(٥٣) قال ذلك أشهب في نظير هذه المسألة، وهو صحيح على أصولهم فيمن ادعى على رجل حقاً فأنكره المدّعى عليه، وأقام المدعي ببيّنة على ما ادعاه، فإن المدعى عليه يحلف ما له عنده شيء، ويغرم ما شهدت به البيّنة، إذ لا خروج له من ذلك، كما لا خروج له من الطلقة الواحدة المتيقنة، ولو رجع فقال: أردت بذلك الطلاق واحدة، لكانت واحدة، ولم يكن عليه في ذلك يمين، على القول بأن من قال قد طلقت امرأتي ولا نيّة له، إنها واحدة، وأما على القول بأنها ثلاث، إذا لم تكن له نيّة، فقيل: إنه لا ينوًا لإنكاره أوّلاً أن يكون أراد الطلاق، وتكون ثلاثاً، وقيل: إنه يحلف وتكون واحدة، والاختلاف في هذا على اختلافهم فيمن ادعى عليه وديعة فأنكر، ثم أقر، وادّعى التلف. والقولان قائمان من المدونة، والحمد لله.

مسألة

وسئل عن امرأة المحلل إذا فرّق بينهما، ما الذي يكون لها؟ أمهر مثلها أم المهر الذي فرض لها؟ قال: أيّما امرأة أصابها فلها المهر الذي فرض لها.

قال محمّد بن رشد: مثل هذا في موطأ يحيى: إن لها مهرها وفي موطأ ابن بكير مهر مثلها. وهذا الاختلاف في الصداق إنما يكون إذا تزوجها بشرط أن يحلها على اختلافهم في الأنكحة الفاسدة، للشروط المشترطة فيها إذا فسخت بعد الدّخول، أو أقرت، وقد ذهب الشرط(٥٤) وهو ينوي أن يحلها دون شرط كان بينه وبينها أو بينه وبين أوليائها، علم الزوج بذلك أو لم

(٥٣) في ق ١ وقع عقب قوله: واحدة، هذه الزيادة: «أي يُديَّن فيما ادعى من أنه لم يرد بذلك طلاقاً، وتكون واحدة الخ..».

(٥٤) في ق ١ عقب قوله في الأصل: وقد ذهب الشرط، هذه الزيادة: «وأما لو تزوجها وهو ينوي أن يحلها دون شرط الخ..».

يعلم، لكان لها الصداق المسمّى قولاً واحداً، والله أعلم.

مسألة

وسئل عن رجل كان بينه وبين امرأته كلام، فقال لها: اذهبي إلى بيتك، فقالت: على ماذا؟ فقال لها: اذهبي على طلقة، فقالت: لا، فقال: اذهبي على طلقتين، فجلست ولم تذهب، قال: أراه قد طلقها تطليقتين، قيل له: إنما قال لها اذهبي إلى بيت أهلك على طلقتين، فلم تذهب، قال: أرى الطلاق قد خرج من فيه، وأراه قد طلقها طلقتين.

قال محمّد بن رشد: إنما أوجب عليه التطليقتين، وإن لم تذهب، من أجل أنه لم يوجب الطلقتين عليه بشرط ذهابها، وإنما فهم من قصده أنه أراد أن يطلقها إن شاءت، فعبّر عن مشيئتها بذهابها إلى بيتها، لأن المرأة إذا طلقت رجعت إلى بيتها، فقال لها: اذهبي على طلقة، ومعناه: أنت طالق واحدة إن شئت، فقالت: لا أشاء، فقال لها: اذهبي على تطليقتين، ومعناه: أنت طالق تطليقتين إن شئت، فأوجب عليه التطليقتين لرضاها بهما، بدليل سكوتها. ويدخل في هذا الاختلافُ في السكوت، هل هو كالإذن أم لا؟ وهو أصل قد اختلف فيه قول ابن القاسم، وقد مضى بيان ذلك في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح، ولو أوجب التطليقتين عليه بشرط ذهابها، فقال لها: إن ذهبت إلى بيتك فأنت طالق تطليقتين، لم يلزمه شيء، إلا بذهابها، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألته عن الرجل يغيب عن امرأته ثمّ يطلقها، فلا تعلم بطلاقه إياها حتّى تتسلّف وتنفق، ثمّ يقدم، أعليه لها ما تسلفت؟ قال: لا أدري ما سلف، أما أنا فأرى لها النفقة عليه إذا

لم تكن علمت بطلاقه، ويكون عليه مما تسلفت قدر النفقة عليها، وأما أن تأخذ الدينار فأكثر منه، فلا أرى ذلك لها عليه، وعليه قدر النفقة التي ينفق مثله على مثلها، قلت له: إنه قد طلقها قبل ذلك، فلم تعلم، فقال لي: أمّا أنا فأرى عليه النفقة، قال سحنون: قال لي ابن نافع: لا أرى لها عليه شيئاً، ولا تشبه هذه التي تنفق من شيء خلفه عندها زوجها.

قال محمّد بن رشد: أما ما زادت في السّلف، مثل أن تشتري ما قيمته دينار بأكثر من دينار إلى أجل، فتبيعه بدينار في نفقتها، فلا يلزمه باتفاق. وقد مضى ذلك في رسم حلف من سماع ابن القاسم. وأما ما أنفقت مما خلفه عندها من ماله، فلا غرم عليها فيه باتفاق، واختُلف فيما أنفقت من مالها أو تسلفته عليه من غير أن يتعين(٥٥) فيه بزيادة على هذين القولين. وقد مضى ذلك أيضاً والقول فيه في أوّل رسم من سماع ابن القاسم.

مسألة

قال: وسألته عن الرجل يكون له الولد، فيصيرون لجدتهم من أمهم، بموت من أمهم، أو تزويج، أيكلّف أبوهم مع النفقة عليهم، النفقة على جدّتهم أو أجر حضانتها إيّاهم؟ قال: لا أرى أن يكلف إلا النفقة على ولده، ولا أرى عليه للجدة، إلا أن يتراضيا على شيء.

فقلت له: لم يراضها وهو يقول: أحببت أن تحضنهم بغير شيء، وإلا فادفعي ولدي إليّ فعندي أهلي وإخوتي يحضنونهم، وهو في ذلك واجدٌ موسر، فقال لي: أرى ذلك له، ولا أرى لها عليه فيهم شيئاً

(٥٥) في ق ١ تغيّر.

إلا نفقة ولده، ثمّ قلت له بعد ذلك: سألتك عن أمّ الأم يصير لها ولد ابنتها بموت أمهم، أو يتزوّجها رجل، أيكون لها على أبيهم أجر حضانتها إياهم مع نفقتهم؟ فقلت لي: لا أرى لها عليه شيئاً فيهم، إلا نفقة ولده فقط، أترى أمهم كذلك، إذا قامت عليهم وحضنتهم، وفطموا، فطلبت أجر حضانتهم مع نفقتهم؟ فقال لي: نعم، لا أرى لها عليه أجر حضانته ولا شيئاً إلا نفقة ولده، إلا أن يصالحها على شيء، فأما أن يكون لها عليه شيء فلا أرى ذلك لها عليه.

قال محمّد بن رشد: هذا مثل ما مضى في رسم شكّ في طوافه من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب، وخلاف ما يأتي بعد هذا في رسم الأقضية الثاني من هذا السماع، وخلاف ما في رسم شكّ في طوافه أيضاً من سماع ابن القاسم، من كتاب النكاح. وقد مضى القول هناك على المسألة، وقلنا إن الاختلاف فيها جار على الاختلاف في الحضانة، هل هي من حقّ الحاضن أو من حق المحضون؟ وفي سماع ابن القاسم من كتاب الوصايا تفرقة، لا تخرج عن القولين.

مسألة

وسئل عن امرأة فارقها زوجها ولها منه ولد، فأقام مع أبيه سنتين، ثمّ مات وترك الولد وماشيةً وأموالاً، فأرادت أمه تقبضه، فقال: وأين كانت أمّه عنه في حياة أبيه؟ قلت: منحيّة، لا أرى ذلك لها ولا أرى لها أخذه.

قال محمّد بن رشد: وقد قيل: إن لها أن تقبضه إذا مات الأب. وقد مضى ذلك، والقول في المسألة مستوفى في آخر رسم من سماع ابن القاسم.

مسألة

وسئل عن الرّجل يطلق امرأته ألبتة، وهي حامل، أترى عليه

أجر القابلة؟ فقال: ما سمعت بذلك ولا أعلمه عليه، ولا سمعت بأحد سأل عن هذا.

قال محمّد بن رشد: قوله: ولا أعلمه عليه، يقتضي أنه يراه على المرأة، وأصبغ يراه على الأب. وقال ابن القاسم: إن كان أمراً يستغني عنه النساء، فهو على المرأة، وإن كان لا يستغني عنه النساء، فهو على الأب، وإن كانا ينتفعان به جميعاً، فهو عليهما جميعاً، على قدر منفعة كل واحد منهما في ذلك، وقع ذلك من قولهما في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الجعل والإجارة، فهي ثلاثة أقوال، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته فقلت له: أليس ترى أن يجبر الذي يحلف بالطلاق وامرأته حائض على رجعتها كما يُجبر الذي يطلق حائضاً؟ فقال: ما أشبهه به، وإني لا أراه.

قال محمّد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، والحمد لله.

مسألة

وسئل عن الذي يطلق امرأته، فحاضت حيضة ثمّ ارتجعها، فطلقها، قبل أن يمسّها، فقال: تعتدُّ من يوم طلقها الطلاق الآخر ثلاث حيض.

قال محمّد بن رشد: قد تقدمت هذه المسألة والقول فيها في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطّلاق

وسئل عن الذي يقول امرأتي طالق ألبتة، إن أقلتُ فلاناً،

أيوقف عن امرأته، حتّى ينظر أيقيله أم لا؟ فقال: لا.

قال محمّد بن رشد: وهذا بيّن على ما قال، لأنه على بر، وله أن يطأ امرأته، وإنما يوقف عن امرأته، ويدخل عليه أجل الإيلاء الذي يحلف أن يفعل فعلاً مما يمكنه فعله في الحال، مثل أن يقول امرأتي طالق إن لم أدخل الدّار، وما أشبه ذلك.

وستأتي هذه المسألة والقول فيها في موضعها من كتاب الإيلاء، إن شاء الله.

مسألة

وسئل عن رجل قال لامرأته: إن خرجت من بيتك فهو فراق بيني وبينك، فخرجت، فقال له مالك: أيّ شيء نويت، فقال: لم أنو شيئاً، فقال: أحبّ إليّ ألا تقربها وأن تدعها.

قال محمّد بن رشد: لم يبيّن في هذه الرّواية ما يقع عليه من الطلاق فيها إذا لم تكن له نيّة، والمعلوم من قوله في قول الرّجل لامرأته قد فارقتك، إنها ثلاث في المدخول بها إذا لم تكن له نيّة. واختلف في التي لم يدخل بها، فقيل: هي ثلاث، إلا أن ينوي واحدة، وقيل: هي واحدة، إلا أن ينوي ثلاثاً. وقد مضى ذلك في أوّل رسم من سماع ابن القاسم وقوله فراق بيني وبينك مثله في المعنى سواء.

مسألة

وسئل مالك عن الذي يطلق امرأته، وله منها ابنة، ابنة أربع سنين، فيقول ما عندي مال أُنفق عليها، أرسليها إليّ تأكل معي، فقال: أخاف أن يكون مُضرّاً بها، ولكن تنظر فيما يقول، فإن كان كذلك أمراً غالباً معروفاً، قيل لها: أرسليها تأكل مع أبيها وتأتيك، فإن كان لا يزال يكتسي الثوب ويأكل اللحم فذلك وجه.

قال محمّد بن رشد: ليس للرجل الموسر أن تأكل ابنته عنده، ويلزمه أن يدفع نفقتها إلى أُمها الحاضنة لها، فإن ادّعى أنه لا يقدر على ذلك، نظر في حاله، فإن تبيّن صدق قوله، وأنه لا يريد الضرر بما دعا إليه من أن يأكل ولده معه، كان ذلك له كما قال، وإلاّ فلا، وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

وسئل عن المرأة يتوفى عنها زوجها، فتحلق رأسها، هل عليها من كفّارة؟ قال: ﴿وَمَا تَفْعَلُوا مِنْ خَيْرٍ فَإِنَّ اللهَ بِهِ عَلِيمٌ﴾(٥٦)، فأما شيء مؤقت فليس ذلك عليها. وهذا من عمل الجاهليّة ﴿ولآمُرَنَّهُمْ فَلَيُبَتِّكُنَّ آذَانَ ٱلأَنْعَامِ ولآمُرَنَّهُمْ فَلَيُغَيِّرُنَّ خَلْقَ اللهِ﴾(٥٧).

قال محمّد بن رشد: الحلق عند المصيبة ممّا لا يحلّ في الشريعة ثبت أن رسول الله ﷺ قال: «أَنَا بَرِيءٌ مِنَ السَّالِقَة والحَالِقَةِ وَالشاقَّةِ»(٥٨)، يريد بالسالقة النّائحة من قول الله عزّ وجلّ: ﴿سَلَقُوكُمْ بِأَلْسِنَةٍ حِدَادٍ﴾(٥٩)، والحالقة حلق الرّأس والشّاقة التي تشق عليها ثيابها، لأنه من عمل أهل الجاهليّة وأمر الشيطان وتغيير خلق الله، وقد لعن رسول الله عليه السلام المُغَيِّرَاتِ لِخَلْقِ اللهِ فمن فعل ذلك من النساء، فكفّارتها التوبة والاستغفار، وتومر بالصّدقة استحباباً، لما جاء من أنّ الصدقة تكفر الذنب، وليس في ذلك شيء موقوف، كما قال مالك، وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

وسئل عمّن طلق امرأته حاملاً وهي ترضع، أترى عليه

---

(٥٦) البقرة: ٢١٥.
(٥٧) النساء: ١١٩.
(٥٨) ؟
(٥٩) الأحزاب: ١٩.

النفقتين جميعاً كلتيهما، نفقة الحمل، ونفقة الرّضاع؟ قال: أرى ذلك عليه جميعاً.

قال محمّد بن رشد: قال: في كتاب الرّضاع من المدونة: إنّ على المرأة أن ترضع ولدها بعد الطلاق في العدّة، ما دامت النفقة على الزّوج، فذهب بعض النّاس إلى أنّ ذلك خلاف لرواية أشهب هذه، وقال على ما في المدونة لا نفقة لها في الرّضاع، ما دامت النفقة لها واجبة على الزّوج بسبب الحمل، وليس ذلك بصحيح، لأن النفقة واجبة في العدة بحقّ العصمة التي أوجب الله فيها على الأم إرضاع ولدها بقوله: ﴿ **والْوَالِدَاتُ يُرْضِعْنَ أَوْلَادَهُنَّ حَوْلَيْنْ كَامِلَيْنْ، لِمَنْ أَرَادَ أَنْ يُتِمّ الرَّضَاعَةَ، وعَلَى المَوْلُـودِ لَهُ رِزْقُهُنّ وَكِسْـوَتُهُنّ بِالْمَعْـرُوفِ** ﴾[٦٠]، فأوجب لهنّ الإنفـاق عـلى أزواجهن بحقّ العصمـة، وأوجب عليهن الإرضاع طول العصمة، وأما البائن فلا نفقة لها، إلا أن تكون حاملاً، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَإِنْ كُنَّ أُوْلَاتِ حَمْلٍ فَأَنْفِقُوا عَلَيْهِنّ حتّى يَضَعْنَ حَمْلَهُنّ** ﴾[٦١]، ولا إرضاع عليها إلا أن تشا، فتكون لها الأجرة، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **فَإِنَ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُـورَهُنَّ** ﴾[٦٢]، فليس وجوب النفقة لها بسبب الحمل الذي يسقط ما أوجب الله لها من الأجرة في الرضاع. وهذا بيّن، والله الموفق.

مَسْـألة

وسئل عن المرأة تشتري من صاحبتهـا يومهـا من زوجها، فقال: لا يعجبني، وإني لأكـرهـه، أرأيت لو اشترت منها شهراً أو سنة، وإني لأرجو أن تكون الليلة خفيفة.

قال محمّد بن رشد: كره هنا أن تشتري المرأة من صاحبتها يومها من.

(٦٠) البقرة: ٢٣٣.

(٦١) الطلاق: ٦.

(٦٢) المصدر قبله.

زوجها، وخفف في رسم الطلاق الأوّل، من سماع أشهب، من كتاب النكاح أن يرضي الرّجل إحدى امرأتيه بالشيء، يعطيها عن يومها، فيكون فيه عند صاحبتها. وقد مضى هناك القول فيهما والوجه في الفرق بينهما، فلا معنى لإعادته، والحمد لله.

مسألة

قال: وسألته عن الرّجل يضرب له أجل سنة في إصابة أهله، فلا يصيبها، فيفرق بينهما، أيكون لها الصداق كله؟ فقال: أمّا الرّجل الذي قد ثوَا مع امرأته، وكشفها وتلذذ منها، وأطال المقام، ثم استَعْدتْ عليه، فضرب لها أجل سنة في إصابتها، فمضت السنة فلم يصبها ففرق بينهما. وقد خلقت الثّياب، وطال العهد، فإني أرى لها الصداق كلّه، ولا يؤخذ منها له شيء، وأما الذي يضرب له أجل سنة بحداثة دخوله، ثمّ لا يصيبها حتّى تمضي السنة، فيفرق بينهما، فلا أرى لها إلا نصف الصّداق، وأرى ذلك له من كلّ ما اشترت يكون له نصفه.

قلت: أرأيت ما لم يجد عندها من ذلك، أيتبعها به؟ فقال: أما الشيء الذي استنفقته أو أهلكته، فأرى ذلك له عليها يتبعها به، وأمّا طيب تطيّبت به، أو ثوب لبسته، فأبلته، أو خادم هلكت، أو شيء انكسر، فلا أرى عليها في ذلك شيئاً.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنه لا يستوجب جميع الصداق، إلا بالطول قبل ضرب الأجل، خلاف ما في **المدونة**، من أن السنة المضروبة له طول إقامة، تستوجب بها المرأة جميع الصداق، وإن ضربت بحدثان الدخول، ومن أهل العلم من يوجب للمرأة الصداق كلّه بالدخول بها، وإرخاء الستر عليها، وإن لم يصبها فظاهر قول عمر: إذا أرخيت السّتور، فقد وجب الصداق، ومنها من لم ير لها إلا نصف الصداق، وإن طال الأمر، ما لم يمسّها

لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ وإنْ طَلَّقْتُموهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُم لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ﴾(٦٣)، فقول مالك في مراعاة الطول، قول وسط بين القولين، ويرجح ما في المدونة بالقول الأوّل، وما في هذه الرّواية بالقول الثّاني. وأمّا قوله: إنه يكون له من كل ما اشترت نصفه، فقد مضى القول فيه في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم. وقوله: إنه لا يتبعها بما لبسته فأبلته صحيح لا اختلاف فيه، لأنها إنّما لبسته بعد الدخول، وإنما يختلف فيما لبسته قبل الدّخول ممّا نقدها، على ما مضى القول فيه في رسم شكّ في طوافه، من كتاب النكاح. وقوله: فيما استنفقته إنّه بمنزلة ما أفسدته أو أهلكته، معناه: أنها استنفقته فيما يخصها ممّا يلزم الزّوج من نفقتها، وأمّا ما أنفقته على نفسها ممّا يلزم الزّوج لها، فلا رجوع له عليها فيه، إذا فرق بينهما بقرب الدّخول، بل لها الرّجوع عليه بنصفه، وإنما لم يـر الرجوع له عليها في الطيب الذي تطيّبت به من صداقها، وإن كان الطيب لا يلزمه أن يقوم به لها من أجل أنها إنما تطيّبت له، فهو المستمتع به معها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن المرأة طلقت فحاضت الحيضة الثالثة، ألها أن تتزوّج قبل أن تطهر منها؟ قال: نعم ذلك لها، ولكن لا يعجل حتى يعلم أنها حيضة ويقيم أيّاماً، فيعلم أنها حيضة.

قال محمّد بن رشد: قوله ذلك، يدل على أنّ قوله: ولكن لا يعجل معناه على الاستحباب، إذ لو حمل على الوجوب لتناقض الكلام. وقول أشهب في **المدونة**: غير أني أستحب ألا يعجل بالتزويج حتّى يعلم أنها حيضة مستقيمة، بتماديها فيها، يأتي على روايته هذه عن مالك، وعلى أن الحيض الذي يكون حيضة تعتد بها المرأة في أقرائها في الطلاق، ويكون ذلك استبراء للأمة في البيع، فقد قيل فيه ثلاثة أيام، وهو قول محمّد بن مسلمة. وقد

(٦٣) البقرة: ٢٣٧.

قيل: خمسة أيّام، وهو قول ابن الماجشون. وإنما قلنا على أنّه يأتي على أنّ لأقلّ الحيض حداً لأنه قال: إنه إن انقطع وجب على المرأة الرّجوع إلى بيتها، ووجبت لزوجها عليها الرجعة، فوجه قوله: إنه تحكم لما تراه المرأة من الدّم، من أوّل ما تراه بأنه حيضة في الظاهر، فيوجب عليها الانتقال من مسكن الزّوج، ويبيح لها التزويج على كراهة، ويمنع الزوج من ارتجاعها، إذ لا يتحقق أنها حيضة إلا بتماديها فيها، فإن لم تتماد فيها وانقطع الدّم، فلم ترجع من قرب، وكانت قد تزوجت، فسخ النكاح، وصحت رجعة الزّوجة إن كان قد ارتجع، وكان له أن يرتجع إن كان لم يرتجع. وأما إن رجع من قريب فلا يفسخ النكاح وتبطل الرّجعة، لأن الدّم الثاني مضاف إلى الأوّل. وما بين ذلك من الطهر يلغى، وأمّا على مذهب من لا يوقت لأقل الحيض حدّاً، أو يقول: إن الدم وإن كان دفعة واحدة، يكون حيضة تعتدّ به المطلقة في الطلاق، ويكون استبراء في الأمة في البيع، إذا كان منفصلاً ممّا قبله وممّا بعده، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في المدوّنة، لأنه قال فيها: إن الأمة المبيعة إذا دخلت في الدّم من أوّل ما تدخل، فمصيبتها من المشتري، وقد حلّ للمشتري أن يُقبّل وأن يباشر، يجوز للمرأة ان تتزوّج بأول ما تراه من الدّم، ولا معنى لاستحباب التأخير في ذلك، لأن الدم إن انقطع لا يخلو من أن يعود عن قرب أو عن بعد، فإن عاد عن بعد انكشف أن ذلك الدّم هو الحيضة الثالثة، وأن هذا الدّم حيضة رابعة، وإن عاد عن قرب كان مضافاً إلى الدّم الأوّل، وعلم أنه كان ابتداءالحيضة الثالثة، وأن ما بينهما من الطهر يلغى، لا حكم له. وسحنون يوجب عليها ألا تتزوّج حتّى تقيم في الدّم إقامة يعلم بها أنها حيضة، ويحتج برواية ابن وهب عن مالك، في أنّ المطلقة لا تَبِينُ من زوجها بما تراه من أوّل الدّم الثالث، حتّى يعلم أنها حيضة مستقيمة، وأن الأمة لا تحل للمشتري في البيع ولا تدخل في ضمانه بأوّل الدم حتّى تتمادى فيه ويعلم أنها حيضة مستقيمة. وقد قال ابن القاسم في كتاب الاستبراء من المدونة: إن الدّم يوم أو بعض يوم إذا انقطع، يريد ولم يعد حتّى مضى من المدة ما يكون طهراً فاصلاً يسأل النساء عنه، فإن قلن:

إنه يكون حيضاً كان الاستبراء، وإلا فلا فعلى قوله هذا يسأل النساء عنه، فإن قلن: إنه لا يكون حيضاً، يكون الحكم في ذلك على ما في سماع أشهب. واختلف في هذا الدّم إذا انفصل ممّا قبله وممّا بعده، ولم يعد حيضة تعتد به المرأة في أقرائها لقِلَّته على هذا القول، هل تقضي صلاة تلك الأيّام أم لا؟ فالذي يأتي على المذهب، إنها لا تقضي صلاة تلك الأيام، لأنّ الاختلاف فيه إنما هو هل يكون حيضة تعتد به المرأة في أقرائها؟ لا في هل يكون حيضاً يسقط وجوب الصلاة؟ وإنما القائل: إنه لا يكون ما دون ثلاثة أيّام حيضاً يسقط وجوب الصلاة، أبو حنيفة، وقد روي عن سحنون أنه يقضي صلاة تلك الأيّام، وقوله خارج عن المذهب مثل قول أبي حنيفة وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عمّن طلق امرأته فقالت: إني حامل، فقال: أمستأجر أجيرة تكون معها، فإنها ليست عندي بمأمونة؟ فجعل معها امرأة، ثم استمرت حاملاً، فقال الزّوج: قد اعترضت عنها، ولا أعلمه كان مني إليها شيء، فقال مالك: هم يحتجّون عليه بأنه جعل امرأة معها، قيل له: فإنه يقول جعلت ذلك، قال: فأرى إن لم يأتوا بالبيّنة، لاعَنَ، وإن جاؤوا بالبينة كان الولد منه، ولا أرى عليه فيما قال حدّاً ما(٦٤)، وإنّما قال: ولا أعلمني أصيبها، وقد تحمل المرأة ولا يبلغ ذلك منها.

قال محمّد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أن الزّوج ليس مقراً بأنّه قال: قد اعترضت عنها ولا أعلمه كان منّي إليها شيء، وإنما تدعي ذلك عليه وهو ينكر أن يكون قاله ويدّعي هو أنه لا(٦٥)، فرأى مالك ثبوت الشّكّ عليه

(٦٤) بياض بالأصل. وفي ق ١ ما بقي ولدها، ولا رماها، ولا قال: رأيتها تزني، وإنما قال: ولا أعلمني الخ.

(٦٥) بياض بالأصل. وفي ق ١ يشك في أنه لم يصبها، فرءا مالك الخ.

في ذلك بهذا القول، يوجب أن يلحق به الولد، وقوله صحيح، كالرّجل يدعي(٦٦) على الرّجل، فيشهد عليه أنه قال: لا أدري من جرحني، إن قوله يبطل، ويلزم على هذا في المودَع يدعي ردّ الوديعة، فيشهد عليه أنه قال: لا أدري إن كنت رددتها أم لا، ألا يصدق في الرّد، إلا أن يفرق بين الحقوق واللعان، فقد فرق بينهما في غير ما موضع، لأنه أغلظ منها وقد اعترض أبو اسحاق التونسي قول مالك هذا وقال: ينبغي أن يكون له أن يلاعن، لأنه يقول الذي شككت فيه قد تيقّنته، وإنما لا يكون له أن يلاعن مع تماديه على الشكّ، كمن شكّ هل له على رجل مائة؟ ثمّ يتيقن، فادّعاها، إن شكه أولاً يسقط اليمين عن المدّعى عليه، قال: إلا أن يقال: إن إقراره بالشكّ، ورجوعه عنه إلى إقرار يدّعيه، بخلاف إنكاره أن يكون قال ذلك، ويجعل إنكاره للشكّ كتماديه عليه، وليس ذلك ببيِّن. والمسائل التي نظرتها بها أشبه من التّي نظرها هو بها. فقول مالك في أن الولد يلزمه بما شهد به عليه صحيح، وأمّا قول مالك: وما أرى عليه حدّاً فيما قال، إلى آخر قوله، فيفيد(٦٧)، لأنه بإنكاره الوطء قاذف، فإذا لم يصدق في إنكاره، ولا مكن من اللعان وجب أن يحدّ، والله أعلم، وبه التوفيق.

مسألة

وسئل عمّن طلق امرأته وهي حامل، فمطلها بالنفقة حتّى مات، أتتبعه ورثتها بنفقتها؟ فقال: ومن أين يعلمون أنها كانت حاملاً؟ إذا استوقن أنها كانت حاملاً، فأرى أن يتبع بذلك، فيغرمه، والحدّ الذي يتيقن فيه حملها تحرك الولد، وأنا أرى أن يؤخر النفقة حتّى يتبيّن الحمل، فيكون عليه نفقة ما مضى وما يستقبل.

قال محمّد بن رشد: هذا هو المشهور في المذهب، أن يحكم للحمل

(٦٦) في ق ١ يدمي.

(٦٧) في ق ١ فبعيد.

بتحرّكه في وجوب النفقة له، واللّعان عليه، وكون الأمَة حرّة به إذا مات سيدها، وبها حمل منه، وما أشبه ذلك. وفي **مختصر ابن شعبان** عن مالك، إنه لا ينفق على المرأة تدّعي الحمل حتّى تضع، فيحسب ذلك لها، وتعطاه، قال: كم من امرأة تدّعي مثل هذا، ثمّ ينكشف أمرها، على أنه ليس بها حمل، ولعله أن يطلب منها ما أعطاها، فلا يجد عندها شيئاً. قال: ثمّ رجع إلى ما في **مختصر عبدالله**، إنّ النفقة تلزمه، بتبيّن الحمل، وهذا الاختلاف داخل فيما ذكرناه من اللّعان وغيره.

ومن كتاب الأقضيّة الثاني

وسئل عن الرّجل يطلق امرأته بالاسكندرية، وله منها ولد، فتريد الخروج بهم إلى الفسطاط، أذلك لها؟ فقال: ما أظنّ ذلك. فقلت له: إنّ بين الاسكندريّة وبينها مسيرة ثلاثة أيّام، فليس للأم أن تخرج بهم إلى الفسطاط، فقال لي: ليس لها، إذا كان مسكن الأب الاسكندريّة، فقلت له: هي مسكنهم، فقال لي: ليس ذلك لها.

قال محمّد بن رشد: قد مضى مثل هذا القول والقول فيه في رسم حلف من سماع ابن القاسم فلا وجه لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

وسمعته وسأله ابن كنانة عن المرأة المتوفى عنها زوجها ممّن تحيض، تعتد أربعة أشهر وعشراً، ولم تحض في ذلك، وذلك حالها أنها لا تحيض إلا في ستّة أشهر، ولم تسترب، أتتزوج؟ فقال: لا تتزوج حتّى تحيض وتبرأ من الريبة، قال سحنون: وقال لي ابن نافع: قد انقضت عدّتها وهي غير مستبرأة، فلتنكح، ولا تنتظر

شيئاً، وإنما التي تنتظر التّي تكون حيضتها أقل من أربعة أشهر، فتجاوز وقت الحيضة وهي تحيض.

قال محمّد بن رشد: قد تقدّمت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

قال أشهب: وسألته عن قول الله عزّ وجلّ: ﴿**واللاَّئي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِن نِّسَائِكُمُ إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أشْهُرٍ وَاللائِي لَمْ يحضن وأوْلاَتُ الأحْمَالِ أجَلُهُنَّ أنْ يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ**﴾[٦٨]، ما تلك الرِيبة في الحيض؟ لا تدري لِمَ لَمْ تحض؟ فقال: لا، ولكن الله ذكر التّي تحيض، فبيّن عدّتها، ثلاثة قروء، وذكر الحامل، فبين عدتها أن تضع حملها، وبقيت التي يئست من المحيض، واللائي لم تبلغ المحيض، فبين عدتها، فقال: ﴿ **واللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِّسَائِكُمُ إن ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أشْهُرٍ وَاللاَّئِي لَمْ يَحِضْنَ** ﴾ يقول: إن ارتبتم فلم تدروا ما عدّتهن ثلاثة أشهر، فجعل ثلاثة أشهر، عدة الصغيرة التي لم تبلغ المحيض، وعدة التي يئست من المحيض. فقلت له: وليست تلك الريبة أن ترتاب في الحيضة، فلا تدري لمَ لم تحض؟ فقال: لا، إنما هي إن ارتبتم فلم تدروا بأيّ شيء يعتد من الحوامل، ولا من اللائي يحضن، فتعتد ثلاثة قروء.

قال محمّد بن رشد: ذهب مالك رحمه الله في هذه الرواية، إلى أن الريبة في قول الله عزّ وجلّ: ﴿ **إنِ ارْتَبْتُم فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أشْهُرٍ** ﴾ ريبة ماضية في الحكم، لا ريبة مستقبلة في معاودة الحيض لهن، وإن قوله: ﴿ **إن ارْتَبْتُم فَعِدَّتُهُنَّ** ﴾ بمعنى: إذا ارتبتم. وذهب ابن بكير واسماعيل القاضي إلى أن

(٦٨) الطلاق: ٤

المعنى في قوله تعالى: ﴿ إِنِ ارْتَبْتُمْ ﴾، أي: إن ارتبتم في معاودة الحيض لهنّ، وأنها ريبة مستقبلة، قالا: ولو كانت ريبة ماضية في الحكم، لكان حقه أن يكون أن ارتبتم، بفتْح الألِفِ من أن. وقالا: إن اليأس في كلام العرب، إنما هو فيما لم ينقطع فيه الرجا تقول: يئست من المريض لشدة مرضه، ومن الغائب لبعد غيبته، ولا تقول يئست من الميّت الذي قد انقطع منه الرّجا، فلو كان معنى الآيسة التي أوجب الله عليها في العدّة ثلاثة أشهر، هي التي لا ترتاب في معاودة الحيض، لوجب إذا ارتفع عن المرأة المحيض، وهي في سنّ من يشبه أن تحيض أن تعتد بالأقراء، حتّى تبلغ سنّ من لا يشبه أن تحيض، وإن بقيت عشرين سنة، كما يقول الشافعي. وهو خطأ من وجهين: **أحدهما** أنها إن جاءت بولد لما لا تحمل له النساء من المدة التّي لم يلحق به الولد، وإن كانت العدّة لم تنقض، ومحال أن تعتدّ المرأة من زوج في مدّة لا يلحق فيها به الولد. **والوجه الثاني** مخالفة ما جاء عن عمر رضي الله عنه في عدّة التي ترتفع حيضتها، وهي في سنّ من تحيض من مطالبة ثلاث حيض أو ستة بيضاء، لا دم فيها، فإذا قلنا: إن اليائسة التّي أوجب الله عليها العدّة بثلاثة أشهر، هي التي ترتاب، فلم تدر لِمَ لَمْ تحض؟ بدليل هذا، ألا تجب عدّة على من لم تعلم أنها ممن لا تحيض لصغر أو كبر، ولا ترتاب في أمرها، إلا أنه لمّا لم يكن حدّ يرجع إليه، حمل الباب في ذلك محملاً واحداً. وقد ذهب ابن لبابة إلى أن الصغيرة التي لا تحيض ويومن الحمل منها(٦٩) لا عدة على واحدة منهما. وقال: إنه مذهب داود، وأنه القياس، لأن العدّة إنما هي حفظ للأنساب، فإذا أُمن الحمل، فلا معنى للعدّة، وهو شذوذ من القول. وفي قول الله عزّ وجلّ: ﴿ يأَيُّها الَّذِينَ آمَنُوا إذا نَكَحْتُمُ الْمُؤْمِنَاتِ ثُمَّ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أنْ تَمَسُّوهُنّ فَمَا لَكُمْ عَلَيْهِنَّ مِنْ عِدَّةٍ تَعْتَدُّونَها ﴾(٧٠)، دليل على أن التّي تطلق قبل الدّخول والمسيس لها لا تجب عليها العدّة، أُمن منها الحمل أو لم يؤمن، وإذا قلنا: إن

(٦٩) في ق ١ عقب قوله: ويومن الحمل منها، « وإن كان مثلها يوطأ، والكبيرة التي لا تحيض، ويومن الحمل منها لا عدة على واحدة منهما» الخ.

(٧٠) الأحزاب: ٤٩.

اليائسة التّي أوجب الله عليها العدّة بثلاثة أشهر، هي التّي لا ترتاب في الحيض، إذ ليست في سنّ من تحيض، وهو الذي ذهب إليه مالك رحمه الله في هذه الرّواية، فالتي ترتفع حيضتها بعد أن حاضت وهي في سن من تحيض، محمولة عليها إذا قعدت تسعة أشهر، فلم ير بها حيض، ولا ظهر بها حمل، ولا كان لها عذر يمنعها من الحيض، من مرض أو رضاع، على ما بيناه من الاختلاف في المرض في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم، لأنها بمعنى اليائسة، والسنة الثابتة في ذلك عن عمر بن الخطاب، فلا تحل المرأة المطلقة ولا حمل بها، إذا كانت في سنّ من تحيض، أو قد حاضت مرّة أو مرّتين إلا بثلاثة قروء، أو سنة بيضاء، لا دم فيها، تسعة أشهر استبراء، ينزل ببلوغها إليها دون أن نرى فيها دماً، بمنزلة الآيسة، ثمّ ثلاثة أشهر عدّة كما قال الله عزّ وجلّ.

مسألة

وسئل عن امرأة لها ولد صغير، وله مال، فهي تستنفق وخادمها من ماله، فقال: أليس لها مال؟ قيل بلى قال: لو لم يكن لها مال لم يكن فيه شك، فأما إذا كان لها مال، فلينظر في ذلك، فإن كان ما تعمل إليه من الخدمة والحضانة، مثل الذي ينفق عليهم، فذلك جائز، وينظر، فإن كان يجد له من يخدمه وينفق عليه قيام جارية أمه عليه في الحضانة له والرّفق به، بدون نفقة هذه، لم يكن لهم أن يستنفقوا من ماله.

قال محمّد بن رشد: أجاز ها هنا للأم، وإن كان لها مال، أن تستنفق هي وخادمها من مال ولدها، إن كان ما تعمل إليه من الخدمة والحضانة، مثل ما تستنفق، فجعل لها في مال ولدها حظاً بالحضانة، وذلك خلاف ما تقدم في رسم الطلاق الثاني من هذا السماع، وفي رسم شكّ في طوافه من سماع ابن القاسم. ومثل ما في رسم شكّ من سماع ابن القاسم

من كتاب النكاح. وقد مضى القول على هذا المعنى هناك مستوفى فلا معنى لإعادته مرّة أخرى، والحمد لله.

مَسـألة

وسئل عمّن توفّي زوجها، فتركت أولادها خمسة أشهر، أو سبعة، ثمّ قيل لها: أنت أحقّ بهم، ما لم تنكح، فقالت: والله ما علمت بهذا. أترى لها في ذلك تكلّماً؟ قال: نعم الشأن في هذا قريب، وقد تجهل السّنة.

قال محمّد بن رشد: قد مضت هذه المسألة في مواضع، ومضى القول فيها مستوفى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضيّة

وسئل عمّن فارق امرأته وله منها بنت فطرحتها إليه، ولحقت بأهلها، فتأيّمت عندهم ما شاء الله، ثمّ تزوّجت لا تعرض للبنت ولا تريدها حتّى ماتت، فلما ماتت، قامت أمها تطلب البنت بنت ابنتها لتأخذها، فقال: إن كان لذلك سنة أو أكثر من ذلك، وأشباه ذلك، فلا أرى ذلك لها، قد تركوها ورفضوها، وإن كان ليس ذلك إلا يسيراً فأرى ذلك لها.

قال محمّد بن رشد: هذه المسألة نحو التي فوقها، وقد تكرّر هذا المعنى في مواضع من هذا الكتاب ومن غيره، ومضى تحصيل القول فيه في أوّل رسم من سماع ابن القاسم من هذا الكتاب.

ومن كتاب الأقضية الثالث

وسئل عن عبد كان تزوّج أمة قوم، فطلقها طلقة، فأقام بذلك شهراً أو نحوه، ثمّ لقيه سيّدها، فكلمه فيها، فقال: إني قد

ارتجعتها، ثمّ أبق ولم يذكر ذلك إلا لسيّدها، ولم يحق ذلك بدخول عليها ولا كينونة عندها، أيطلق عليه، أم يضرب له أجل المفقود؟ قال مالك: هذا شاهد واحد، فأرى أن يرفع ذلك إلى السلطان، فأرى للسلطان أن يفرق بينهما، ولا يضرب له أجل المفقود، لأن الرّجعة لم يشهد عليها إلا شاهد واحد، فأرى أن يفرق بينهما.

قال محمّد بن رشد: قول مالك: هذا شاهد، يفرق بينهما، ولا يضرب له أجل المفقود، لأن الرّجعة لم يشهد عليها إلا رجل واحد، نصّ منه على إجازة شهادة السّيد على ارتجاع أمته، خلاف قول ابن القاسم في كتاب إرخاء الستور من **المدونة**: إن شهادته على ارتجاعها لا تجوز، قياساً على ما قال مالك رحمه الله: إن شهادته على إنكاحها لا تجوز، ولا اختلاف في أن شهادته على إنكاحها لا تجوز، لأنه يشهد على فعل نفسه ليجيزه، ولأن ذلك يوجب لها صداقاً، فهو يتهم من أجل أنه له انتزاع مالها، وأما شهادته على ارتجاع الزّوج لها، فقول مالك: إنها جائزة، أظهر من قول ابن القاسم، إذ لا تهمة على السيّد في ذلك في مال يجره إليها، بل هو مقر على نفسه إنها باقية في عصمة الزوج، وذلك ينقص ثمنه، ويحول بينه وبين الاستمتاع بها. وقياس ابن القاسم الارتجاع على النكاح ليس بصحيح، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الطلاق

وسئل عن امرأة اليهودي والنصراني يسلم قبل أن يدخل بها زوجها، أله عليها رجعة إن أسلم؟ فقال: لا رجعة له عليها وكيف له عليها رجعة وهي ليست في عدّة لا رجعة له عليها؟.

قال محمّد بن رشد: هذا كما قال، وهو ممّا لا اختلاف فيه أحفظه في المذهب، إن المرأة إذا أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فلا سبيل له عليها إن أسلم بعد ذلك، إذ ليست في عدّة منه، لأن السنة إنما جاءت في أنه أحقّ بها

ما دامت في عدّتها. وقد كان القياس ألا يكون له إليها سبيل إذا أسلمت قبله، دخل أو لم يدخل، إلا أنه ليس فيما قامت به السّنة عن رسول الله ﷺ قياس ولا نظر. وظاهر قوله: إنها إذا أسلمت قبله، ولم يبن بها، أنه لا سبيل إليها وإن أسلم مكانها، خلاف ما في رسم النسمة من كتاب النكاح. وقد مضى القول على ذلك هنالك، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الوصايا الذي فيه الحجّ والزّكاة

قال أشهب: سمعت مالكاً يسأل عمّن أوصى بابنته إلى ولي، فتركها مع عمّتها حتّى بلغت الجارية، أو كادت تبلغ، ثمّ تزوّجت العمّة فطلبتها الجدّة أمّ أمها، وارادت أخذها، وأحبّت الجارية أن تكون مع عمتها، ورضي بذلك الولي. قال: أرى أن تُترك مع عمّتها إذا أحبّت ذلك الجارية ورضي بذلك الولي، ولا تأخذها الجدة إذا رضي بذلك الولي، قلت له: أرأيت أن تترك مع عمتها، ولا تأخذها الجدة إذا رضي بذلك الولي؟ قال: نعم، إذا رضي بذلك الولي، أو أحبت ذلك الجارية.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة صحيحة، والمعنى فيها أن الجدّة لما تركتها مع عمتها المدة الطويلة، سقط حقها في حضانتها ولما تزوجت العمة أيضاً، سقطت حضانتها بالتزويج، فرجع الأمر فيها إلى الولي، يتركها عند من شاء منهما، فإذا رضي الولي أن تكون مع عمّتها وأحبّت ذلك الجارية، لم يكن للجدّة سبيل إلى أخذها. قال ابن نافع في المدنية: وتعزل في مكان مع عمّتها وجدّتها[٧١]. قال ابن القاسم فيها: إن كانت عُرضت على الجدة فأبت من أخذها، فلا سبيل لها إليها، وإن كانت لم تعرض عليها فهي أحقّ بها متى ما قامت، وقوله يأتي على أن السكوت ليس بإذن. وقد مضى هذا في أوّل رسم

(٧١) في. ق. ١ وحْدَهَا.

من سماع ابن القاسم، وتكرّرت المسألة أيضاً فوق هذا في هذا السّماع وفي غير ما موضع، وبالله التوفيق.

تمّ الجزء الأوّل من كتاب طلاق السنّة

بحمد الله تعالى وحسن عونه والصلاة الكاملة على سيّدنا محمّد خاتم النبيين.

كتاب طلاق السّنة الثّاني

من سماع عيسى من ابن القاسم
من كتاب نقَدها نقْدها

قال عيسى: وسألت ابن القاسم، عن العبد وامرأته يكونان لرجل، فيفقد العبد، وهما نصرانيان أو مسلمان، إلا أن سيّدهما مسلم، قال: يرفعه إلى الإمام، ويضرب له أجل المفقود، نصف أجل الحر المسلم مسلمين كانا أو نصرانيين.

قلت: فإن ضرب له أجل المفقود، ثمّ عتقت الأمة، قال: إن اختارت نفسها رجعت إلى عدّة المطلقة وتركت عدّة المفقود.

قلت: فإن كانا نصرانييّن، فأسلمت في أجل المفقود، قال: تترك عدّة المفقود، وتعتد عدّة المطلقة، فإن جاء زوجها في عدّتها فأسلم، فهو أحق بها، وإن خرجت من عدّتها وتزوجت، فلا سبيل له إليها وإن أسلم بعد ذلك، وإن كان قد أسلم في غيبته قبلها، ثمّ جاء فهو أحق بها، ما لم يدخل بها زوجها.

قال محمّد بن رشد: قوله في هذه المسألة: وإن خرجت من عدّتها وتزوّجت فلا سبيل له إليها، وإن أسلم بعد ذلك، يريد بعد إسلامها لا بعد انقضاء عدّتها، لأنه إن أسلم بعد انقضاء عدّتها، فلا سبيل له إليها، وإن

كانت لم تتزوج، وأما إن أسلم بعد انقضاء عدّتها، فقيل: إنه لا سبيل له إليها إذا تزوجت، كما قال ها هنا. وقيل: إنه أحقّ بها وإن تزوجت، ما لم يدخل بها الزّوج. اختلف في ذلك قول مالك، والذي اختار ابن القاسم وأشهب في **المدونة** من قولي مالك، أنها لا تفوت إلا بالدخول، خلاف قول ابن القاسم ها هنا. وأما إذا أسلم في غيبته قبلها، فقال ابن الماجشون: إنه أحق بها وإن دخل بها الزّوج، واختاره محمّد، وهو الصّواب، خلاف قول ابن القاسم ها هنا وفي **المدونة**، فلا اختلاف في الذي أسلم قبلها إنها لا تفوت بالعقد. واختلف هل تفوت بالدخول؟ ولا اختلاف في الذي أسلم في عدّتها أنها تفوت بالدخول. واختلف هل تفوت بالعقد؟ فهذا تحصيل القول في هذا الوجه من المسألةِ، وسائرها صحيح، جار على أصولهم، لا وجه للقول فيه، وبالله التوفيق.

مَسْــألة

وسئل عن المطلقة تستحاض، فيستمر بها الدّم سبعة أشهر أو ثمانيّة، ثمّ ينقطع ذلك عنها، هل ترجع إلى الحيض؟ قال مالك: ترجع إلى الحيض. قيل له: أفتعُدّ تلك الاستحاضة حيضة، تبني عليها حيضتين؟ قال: إن استيقنت أن الذي كان بها أوّل من الدّم حيضة، اعتدت بها، وإلا استقبلت ثلاث حيض. وكذلك قال مالك.

قال محمّد بن رشد: قوله في التّي تستحاض فيستمرّ بها الدّم سبعة أشهر أو ثمانيّة، ثمّ ينقطع، إنها ترجع إلى الحيض صحيح، لا اختلاف وكذلك قوله: إن استيقنت أن الذي كان بها أوّل من الدّم حيضة اعتدت بها صحيح أيضاً، إلا أنه لم يبين بما تستيقن به ذلك. وإذا طلقت المرأة وهي طاهر، فرأت الدّم، وتمادى بها المدّة الطويلة، فلا يخلو هذا الدّم من أن تكون رأته قريباً من الدّم الذي قبله، أو بعيداً منه، فإن كانت رأته قريباً من

الدّم الذي قبله، وكانت قد أقامت في الدّم الذي قبله خمسة عشر يوماً، أو أيّامها المعتادة والاستظهار، فهذا الدّم الذي رأته وتمادى بها المدة الطويلة، دم استحاضة، لا تعتد به في أقرائها، وتستقبل ثلاث حيض، وإن كانت رأته قريباً من الدم الذي قبله، وقد كانت أقامت في الدّم الذي قبله من أيّامها المعتادة والاستظهار، فهذا الدّم الذي رأته وتمادى بها، تضيف منه إلى الدّم الذي قبله تمام أيامها المعتادة والاستظهار، أو تمام خمسة عشر يوماً، على اختلاف قول مالك ثمّ تغتسل وتصلي، وتكون في حكم من طلقت في الحيض، يجبر الزّوج على الرّجعة، لأنها حيضة تقطعت، والأيام التّي بينهما ملغاة، وقد قيل: إنه لا يجبر على الرّجعة، لأنه إنما طلقها وهي طاهر، فلم يرتكب نهياً، وهو بعيد، لوجود العلة الموجبة لأن يجبر على الرّجعة، وهي التطويل في العدّة، وتستقبل أيضاً ها هنا ثلاث حيض، وإن كانت رأته بعيداً من الدّم الذي قبله، فهو محمول على أنه حيض تعتد به في عدّتها، وتقيم فيه أيامها المعتادة والاستظهار، أو خمسة عشر يوماً على اختلاف قول مالك في ذلك، ثمّ تغتسل وتصلي أبداً، ما لم ترد ما تنكره بعد مدّة يكون طهراً، فتترك الصلاة وتعد ذلك حيضة تعتد بها في عدّتها، وقد قيل: إنها تعتد سنة، ولا تنظر إلى اختلاف الدّم عليها. واختلف في المدّة التي تكون طهراً فاصلاً بين الحيضتين على أربعة أقوال: **فقيل**: خمسة أيّام، وهو قول ابن الماجشون، **وقيل**: ثمانيّة أيّام، وهو قول سحنون، وقد قيل من[1] المدونة بدليل، **وقيل**: عشرة أيّام، وهي رواية أصبغ عن ابن القاسم، ورواية التونسيين عن مالك، **وقيل**: خمسة عشر يوماً، وهو قول محمّد بن مسلمة، ورواية البغداديين عن مالك واختيارهم، والله أعلم.

ومن كتاب استأذن سيّده

قال: وسألت ابن القاسم عن الرّجل يطلق امرأته طلقة، ثمّ

(١) في. ق. ١ وقد قيل انه يقوم من المدونة.

لا يشهد على رجعتها حتى تنقضي عدّتها، وهو في ذلك يطأها فقال: إن كان نوا بوطئه إياها الرّجعة، وجهل أن يشهد، فإنه يقال له: أشهد وأمسك امرأتك كما كانت، وإن لم ينو بوطئه ارتجاعاً، فعلم بذلك قبل أن تنقضي عدّتها، قيل له: ارتجعها، ولا تمسّها حتى تستبرىء نفسها من مائك الفاسد، الذي كان منك إليها بغير ارتجاع، وإن لم يتنبّه لذلك حتّى تنقضي عدتها، فقد بانت منه، فلا يحل له ولا لغيره نكاحها حتّى تحيض ثلاث حيض.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الرجعة إنما تكون بالبيّنة مع القول، أو ما يقوم مقام القول، ممّا لا يصح فعله إلا بعد المراجعة من الوطء، والقُبلة والمباشرة للذة وما أشبه ذلك. قاله في كتاب ابن المواز، فإن انفردت النيّة دون القول أو ما يقوم مقامه، لم يكن ذلك رجعة. قاله في كتاب ابن المواز ويدخل في ذلك عندي ما في الطلاق بالنيّة دون القول من الاختلاف، وأما إن انفرد القول دون النية، فلا يكون ذلك رجعة، وكذلك إن انفرد الوطء دون نيّة، لم يكن ذلك رجعة، وكان مَن فعل ذلك قد وطىء حراماً فإن انتبه لذلك في العدة، كان له أن يراجع بالقول، إذ لا يصح له الوطء إلا بعد الاستبراء من ذلك الماء الفاسد، وإن لم ينتبه لذلك حتّى انقضت العدة، فقال: إنه لا يحل له ولا لغيره نكاحها حتّى تحيض ثلاث حيض، يريد إنه يستوي هو وغيره في المنع من النكاح ابتداء، ويفترقان في التحريم، إن نكح ودخل، فأما غيره فلا تحلّ له أبداً. وأما هو فقيل: إنها تحرم عليه، وقيل: إنها لا تحرم، لأن النسب ثابت منه. مَن علّل التحريم، بتعجيل النكاح قبل بلوغ أجله خاصة، قال: إنها تحرم عليه، ومن علّله بتعجيل النكاح قبل بلوغ أجل مع اختلاط الأنساب، قال: إنها لا تحرم عليه، إذ ليس في ذلك اختلاط نسب. والليث بن سعيد يرى الوطء رجعة، وإن لم ينو به الرجعة، يريد، والله أعلم، في الحكم الظاهر، فإذا وطىء وقال: إنه لم يرد بوطئه الرّجعة، لم يصدقه، وألزمه الرّجعة، كما لا يصدّق في

القول إذ قال: إنه لم يرد به الرّجعة عند الجميع، وبالله التوفيق.

مَسْـألة

وسألته عن التّي يموت عنها زوجها أو يطلقها فترتفع عنها حيضتها، أو تستحاض، كم تقيم؟ وهل الأمة ذات الزّوج والحرّة في ذلك سواء في الأزواج؟ قال مالك: أمّا إذا طلقهما أزواجهما، فالمستحاضة والتّي ترتفع عنها حيضتها سواء، وهو قول مالك، وليس عند النّاس في ذلك اختلاف، أنهنّ يُقمن اثني عشر شهراً، تسعة منها استبراء، وثلاثة عدّة، إلا أن ترى حيضة، فتستقبل أقصى[٢] اثنا عشر شهراً، من حين تطهر من هذه الحيضة، فلا تزال كذلك أبداً حتّى تحيض ثلاث حيض، أو تستكمل اثنا[٣] عشر شهراً، فلا ترى الدّم فيها فتحل، وأما المتوفى عنها زوجها، فإن الحرّة تعتد أربعة أشهر وعشراً، والأمة تعتد شهرين وخمس ليال، ثمّ يقال لهما: ارتفاع الحيضة والاستحاضة ريبة، فانتظرا حتّى يمرّ بكما تسعة أشهر أقصى الريبة، إلا أن يكون لهما عذر، مثل أن يكونا يرضعان، فترتفع عنهما الحيضة من أجل ذلك، أو يكونا لا يحيضان في السّنةإلا مرّة، أو في ستة أشهر مرّة، أو غير ذلك من العذر فيتزوجان إن لم يكن لهما من الرّيبة شيء حين يفرغان من عدّتهما، فإن لم يكن لهما من العُذْر شيء، فإن الاستحاضة وارتفاع الحيض من الرّيبة، ولا ينكحان حتّى تمر بهما تسعة أشهر، من حين يهلك عنهما زوجاهما، إلا أن يرتابا بعد ذلك، فيقيمان حتّى يخرجا من الرّيبة. والاستبراء من الرّيبة في الوفاة بعد العدة، وفي الطلاق قبل العدّة، يقال للحرّة في

(٢) في. ق. ١ فتستقبل أيضاً اثني عشر شهراً. وهو الصواب.
(٣) كذا.

الوفاة: اعتدي أربعة أشهر وعشراً، وللأمة شهرين وخمس ليال، ثمّ استبريا أنفسكما بتمام تسعة أشهر، من حين يهلك زوجاكما، وفي الطّلاق يقال للحرّة وللأمة، انتظرا تسعة أشهر، من حين طلّقكما زوجاكما، لعلّكما تحيضان، والحرّة والأمة في ذلك سواء، إلا أن الأمة تحلّ بحيضتين، والحرّة بثلاثة، فإن مرّ بواحدة منهما تسعة أشهر ولم تحض، قيل لها: أنت ممّن يئسن من المحيض، فاعتدي الآن ثلاثة أشهر، عدّة التّي قد يئست من المحيض، الحرّة والأمة في الاستحاضة، وارتفاع الحيضة في الطلاق سواء. قال ابن القاسم: ولو أنّ الحرّة أو الأمة المتوفى عنها زوجها حاضت حيضة واحدة في العدّة، أو بعد العدّة كفتها وحلت بها.

قال محمّد بن رشد: ساوَى في هذه الرّواية بين المستحاضة والتّي ترتفع حيضتها في الوفاة والطلاق، فقال: إنها تمكث في الطلاق تسعة أشهر، ثمّ تعتد بثلاثة أشهر، ثمّ تحل، وأما في الوفاة فلا تحل حتّى تبلغ تسعة أشهر، وما قاله في الطلاق متفق عليه، إذا كانت المستحاضة لا تميز بين دم الحيضة من دم الاستحاضة. وأمّا إذا كانت تميّز ما بين الدّمين، فقد قيل: إنها تعتد بالأقراء، وتعمل على ما تميّز، وقيل: إنها تعتد بسنة. قاله ابن القاسم، ورواه عن مالك، وهو قول غير ابن القاسم في **المدوّنة** إن عدة المستحاضة سنة، وأما في الوفاة فقد روي عن مالك أن المستحاضة تعتد فيها بأربعة أشهر وعشر، وتحلّ، بخلاف التّي ترتفع حيضتها. وابن الماجشون يقول: إنه ليس على المستحاضة والمرتابة، أن يعتدا في الوفاة إلّا بأربعة أشهر وعشر إذا لم يكن لهما من الريبة أكثر من ارتفاع الحيض والاستحاضة، فهي ثلاثة أقوال: وأما إذا لم يمرّ بالمتوفى عنها زوجها في الأربعة أشهر وعشر وقت حيضتها، أو كانت ترضع، فارتفع الحيض من أجل الرّضاع، فإنها تحلّ بأربعة أشهر وعشر، إلا على رواية ابن كنانة عن مالك في سماع أشهب. واختلف في ارتفاع الحيض بالمرض، فقال أشهب: إن ذلك بمنزلة ارتفاعه بالرّضاع، تحلّ المتوفى عنها

زوجها بأربعة أشهر وعشر، وتعتد المطلّقة بالأقراء، وإن تباعدت، وهو ظاهر قوله في هذه الرّواية: أو غير ذلك من العذر، إذ ليس ثمّ سوى ما ذكر، إلا المرض، وقد روى ابن القاسم عن مالك وقال به: إن ارتفاع الحيض مع المرض ريبة كالصحيحة سواء، فتتربص المتوفى عنها إلى تمام تسعة أشهر، وتعتدّ المطلقة سنة، تسعة أشهر استبراء، وثلاثة عدّة، والأمة، والحرّة في ذلك كلّه سواء، إلا أن الأمة تحل بحيضتين إذا اعتدت بالأقراء، وتحل في الوفاة بشهرين وخمس ليال، حيث ما تحلّ الحرّة بأربعة أشهر وعشر، إلا أن تكون ممّن لا يومن الحمل منها، فتتربص إلى تمام ثلاثة أشهر، إذ لا يتبيّن الحمل في أقل من ثلاثة أشهر.

ومن كتاب بع ولا نقصان عليك

وسئل عن رجل أقر عند قوم أنه بارا امرأته، ثمّ زعم بعد ذلك أنه كان مازحاً ولم يبار، وأنكرت هي أن تكون بارته، قال: إذا شهد عليه بإقراره، بانت منه بواحدة، ولا رجعة له عليها إلا بنكاح جديد، وإن مات في عدّتها ورثته ولم يرثها.

قال محمّد بن رشد: قوله في هذه المسألة في الميراث لا يصحّ بوجه، لأنه قال فيها: إذا شهد عليه بإقراره بانت منه بواحدة، ولا رجعة له عليها. فقوله: ولا رجعة له عليها، يدل على أنّ الشهادة كانت عليه في حياته، فإذا حكم عليه في حياته بأنها بائنة منْه وجب ألا يكون بينهما ميراث، ولو كانت الشهادة عليه بعد موته، لوجب على ما قلناه، في معنى مسألة رسم طلق من سماع ابن القاسم، أن ترثه ولا يرثها مات في العدّة أو بعدها، لأنه طلاق بائن، فلا وجه لقوله: وإن مات في عدّتها على حال، والله أعلم.

ومن كتاب لم يدرك من صلاة الإمام

وسئل عن المرأة تكون في عدّتها وهي ساكنة في دار مع أبيها،

وأبوها مريض، هل ترى أن تبيت عند أبيها؟ قال: لا تبيت إلا في بيتها، قيل له: فتمكث عنده إلى نصف الليل، قال: لا تمكث عنده إلى نصف الليل وتخف المقام عنده بالليل، ولا بأس أن تخرج إليه عند طلوع الفجر أو قبله بيسير.

قال محمّد بن رشد: هذا معنى ما في **المدوّنة** سواء، وهو صحيح، لأن المعتدّة ممنوعة من المبيت في غير بيتها، فلا يجوز لها أن تمكث من الليل في غير بيتها ما يسمّى مبيتاً، وهو أكثر من نصف الليل، ومن الدّليل على ذلك، أن من لُقي قبل نصف الليل، صحّ أن يُسأل: أين تبيت؟ ولم يصح أن يسأل أين بات؟ ومن لُقي[٤] نصف الليل صحّ أن يسأل أين بات؟ ولم يصحّ أن يسأل أين تبيت؟ ومن أقام نصف الليل، سواء في موضع، ونصفه في موضع آخر، لم يصحّ أن يقال: إنه بات في أحد الموضعين دون الآخر، فلذلك منع مالك المرأة أن تمكث عند أبيها إلى نصف الليل، وبالله التوفيق.

ومن كتاب سلّف ديناراً في ثوب

قال ابن القاسم: في رجل قال لامرأته: أنت طالق، وأنت طالق ألبتّة، إن راجعتك، فأراد أن يراجعها بنكاح جديد بعد ما خرجت من عدّتها، وقال: إنما أردت ما دامت في عدّتها، ألا ارتجعها في تلك الطلقة، قال: إن كانت عليه بيّنة لم أُدينه، وإن لم تكن عليه بيّنة ديّنته ذلك، وإن لم تكن له نيّة، رأيت ان ارتجعها بنكاح جديد، أن تطلق ألبتة وهو بيّن.

قال محمّد بن رشد: أما إذا أتى مستفتياً وحده غير مخاصم، فلا اختلاف في أنه يُنوًا بغير يمين، ويباح له مراجعتها، وأما إذا أراد أن يتزوّجها فمنع من ذلك، وروفع، ولا بيّنة عليه، إلا أنه أقر باليمين أو على يمينه بيّنة،

---

(٤) بعد.

فلا تقبل منه البيّنة، ولا يمكن من مراجعتها، لأن نيته التّي يدّعي، مخالفة لحقيقة لفظه، إذ إنما حلف ألا يراجعها، ولو كان إنما حلف ألا يرتجعها على ما وقع في رسم العريّة من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، لَنُوِّيَ مع قيام البيّنة، لأن حقيقة لفظ الارتجاع، إنما هو في العدّة، وحقيقة لفظ المراجعة، إنما هو بعد العدّة، لأن المراجعة مفاعلة من اثنين، وكذلك لو قيم عليه بعد أن راجعها وأتى مستفتياً. الحكم في ذلك سواء. وكذلك لو ارتجعها في العدّة، وكانت يمينُه ألا يرتجعها، وقال: إنما أردت ألا أراجعها بعد العدّة إذا أتى مستفتياً نُوي، وإن قيم عليه وعلى يمينه بيّنة أو كان مقرّاً باليمين، فرق بينهما ولم يُنوَّ، وإن كان إنما حلف ألا يراجعها ولم يحلف ألا يرتجعها لَنُوي مع يمينه، على ما في رسم العريّة من سماع عيسى، من الأيمان بالطلاق، خلاف ما في سماع أصبغ عن ابن القاسم منه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب إن خرجت من هذه الدّار

قال عيسى: سئل ابن القاسم عن رجلٍ خالع امرأته على إن أعطته ثمراً لم يبد صلاحه، أو جنيناً في بطن أمه، أو عبداً آبِقاً، أو بعيراً شارداً قال: يمضي الطلاق عليه، ويكون له عليها خلع مثلها.

قال محمّد بن رشد: قد مضى القول على هذه المسألة في رسم حلف من سماع ابن القاسم فلا معنى لإعادته.

مَسْألة

قال: وقال مالك: إذا نُعِيَ الرّجل لامرأته، فتزوّجت وولدت أولاداً، ثمّ قدم زوجها ردّت إليه، وتستبرأ بثلاث حيض إن كانت من أهل الحيض، وإن لم تكن من أهل الحيض، فثلاثة أشهر، وهي توارث زوجها القادم الأوّل، ترثه ويرثها. قيل: فإن ماتت قبل أن

يقدم زوجها، ثمّ قدم، هل ترى بينهما ميراثاً؟ قال: يرثها الأوّل إذا قدم، وليس بينها وبين هذا الآخر ميراث، وإن كانت مـاتت وهي تحته قبل أن يقدم الأوّل، فميراثها للأوّل، وميراثه لو مات في غيبته بعد تزويجها لها منه. قال عيسى: وإن كان الآخر مات قبل قدوم الأوّل، فأخذت ميراثها منه، وصداقها، ثمّ قدم الأوّل، فإنها ترد الميراث، ولا ترد الصداق، لأنها استوجبته بالـوطء، ولو مات قبل أن يمسّها، ردت الصداق والميراث.

وسئل عن رجل سافر فنعي لامرأته فتزوّجت وولدت أولاداً، ثمّ قدم زوجها فوجدها حبلى، ففرق السّلطان بينها وبين زوجها الذي كان تزوّجها، ثمّ توفيّ زوجها القادم بعد قدومه بعشرة أيّام، قال: هي ترثه، وتعتد بأربعة أشهـر وعشرة أيّـام، فإذا انقضت الأربعة أشهر والعشرة أيّام، قبل أن تضع حملها انتظرت حتّى تضع حملها ثمّ تزوّجت إن شاءت، وإن وضعت حملها قبل أربعة أشهر انتظرت حتّى تتم أربعة أشهر وعشر بعد زوجها القادم ثمّ تزوّجت إن شاءت.

قال محمّد بن رشد: هاتان مسألتان صحيحتان بيّنتا المعنى على ما في **المدوّنة** وغيرها، لا اختلاف في أن المنعي لزوجته، أحقّ بزوجته متى ما قدم، وإن تزوجت ودخل بها الزّوج، فإنها ترد إليه بعد الاستبراء بثلاث حيض، أو بعد أن تضع حملها إن كان بها حمل، فإن مات زوجها المنعي وهي حامل من الزّوج الثاني، اعتدت أقصى الأجلين، وكذلك إن مات وهي في استبرائها من الزّوج الثاني، تعتد من يوم مات أربعة أشهر وعشراً، فإن حاضت فيهن بقيـة الثلاث حيض حلّت، وإن لم تستكملها فيه لم تحل للأزواج حتّى تستكملها وإن طلّقها زوجها الأوّل وهي حامل من الزّوج الثاني، فلا بدّ لها من ثلاث حيض مستقبلة بعد الوضع، بمنزلة من منعها من الحيض رضاع أو مرض، فإن طلقها الزوج وهي في استبرائها من الزّوج الثاني كفتها ثلاث حيض من يوم

الطلاق، على مذهب مالك، ويأتي على ما روي عن عمر بن الخطاب، أن تستكمل استبراءها من الزّوج الثاني، ثمّ تستأنف العدّة من زوجها الأوّل، وسواء في هذا كله نعي إليها ببيّنة عدول أو غير عدول، كانوا شهدوا عليهم أو شهدوا بالزّور، وإنما يفترق ذلك فيما بيع من ماله، ففي بيّنة الزّور، يأخذ عروضه حيث وجدها أو ثمنها إن شاء، ويأخذ أمته وقيمة ولدها من مال المبتاع. وقيل: بل يأخذ قيمتها يوم الحكم، وقيمة ولدها، وقيل: بل ليس له إلّا قيمتها يوم حملت، خاصة، وفي التشبيه على الشهود يأخذ الثمن الذي بيعت به العروض، وليس له أن يأخذ العروض إلا بعد أن يدفع إلى المبتاع الثمن الذي ودّى فيها، ويرجع به على البائع، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الأمة تعتق وهي تحت عبد، فتطلق نفسها واحدة، ثمّ يتوفى عنها زوجها وهي في عدّتها. قال: ترجع إلى عدّة الوفاة فتعتد أربعة أشهر وعشراً.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنها ترجع إلى عدة الوفاة. خلاف ما في **المدونة**، من أن المطلقة لا ترجع إذا توفيّ زوجها إلى عدّة الوفاة إلا في الطلاق الرّجعي. وقد نصّ في **المدونة** على أنها إن طلقت نفسها واحدة، فهي واحدة بائن، فلا سبيل للزوج إليها، وإن أعتق في عدّتها على مذهبه فيها، وقاله يحيى بن سعيد فيها. وقد روى ابن نافع عن مالك، أن للعبد الرّجعة إن أعتق في العدّة. وقال ابن نافع: لا رجعة له وإن أعتق. وقال الأوزاعي: إن أعتق زوجها في عدّتها، فإن بعض شيوخنا يقول: هو أملك بها، وبعضهم يقول هي بائنة. قال أبو عمر بن عبد البرّ: ولا معنى لقول من قال إنها طلقة رجعيّة، لأن زوجها لو ملك رجعتها، لم يكن لاختيارها نفسها معنى، وأي شيء كان يفيدها اختيارها إذا ملك زوجها رجعتها؟ وقول ابن عبد البرّ وهْمٌ لا معنى له، لأنه لم يقل أحد إنه أملك بها، وإن لم يعتق، فيكون اختيارها لا معنى له كما قال، وإنما قال: إنه أملك بها إذا عتق، ولقائل ذلك وجه صحيح

من النظر، وهو أنه إنما خيّرت في نفسها من أجل رقّ زوجها، فإذا ارتفع الرّق كانت له الرجعة، لأن الحكم متى وجب لعلة، وجب أن يرتفع بارتفاع العلة، وذلك في القياس، مثل الذي يطلق عليه بعدم الإنفاق إذا أيسر في العدّة وجبت له الرّجعة.

مسألة

وسئل عن رجل حلف بطلاق كلّ امرأة يتزوّجها، وعتق ما يملك إلى أجل، فحنث، وهو يخاف على نفسه العَنت، قال: أمّا الرّقيق فلا يشتري منهم شيئاً، وأما النكاح فإن خاف العنت على نفسه تزوّج، ولا أُحبّ له أن يتسرّر.

قال محمّد بن رشد: رأى النكاح إذا خشي على نفسه العنت أخف من التسرّي، وإن كان يلزمه طلاق ما ينكح إلى الأجل، كما يلزمه عتق ما يملك إليه من أجل أنه إذا تسرّى يملك ما يتسرّا، فيستخدم ويبيع، فيكون قد استباح شيئاً زائداً على ما يومنه من العنت والزوجة لا يملكها ولا يستخدمها، ولا له منها أكثر ممّا اضطر إليه من الاعتصام بها عن الزّنا، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أسلم وله بنون صغار

وقال مالك: إذا فقد الرّجل وله امرأة لم يدخل بها، فرفعت أمرها، فضرب لها أجل أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، فانقضى ذلك الأجل، كانت أملك بنفسها، تتزوج من شاءت، وأُعطيت الصداق كاملاً من ماله، فإن تزوّجت، فجاء زوجها المفقود بعد أن تزوّجت، لم ترد له نصف الصّداق الذي أخذت، لأنها قد انتظرته، وضيق عليها، واعتدت منه، ومنعها النّكاح، فلا أرى ترد عليه شيئاً.

قال محمّد بن رشد: قوله: فضرب له أجل أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، معناه: فضرب له أجل أربع سنين، واعتدت امرأته أربعة أشهر وعشراً،

لأن الإمام إنما يضرب له أربع سنين بعد البحث عنه، وأما الأربعة أشهر وعشراً، فإنما هي عدة لا يضربها لها الإمام، ولا تستأذنه فيها، وإن أرادت أن تترك العدة وترضى بالمقام على العصمة، فذلك لها ما لم تأخذ في العدّة، فإذا انقضت العدّة بانتْ من زوجها في الحكم الظاهر، ما لم ينكشف خطأ ذلك الحكم بمجيئه أو عِلْم حياته. ألا ترى أنها إن ماتت بعد العدّة لا يوقف له ميراثه منها؟ وإن كان لو أتى في هذه الحال، كان أحقّ بها، وإن بلغ من السنين ما لا يجيء لمثله وهي حيّة، لم تورث منه، وإن كانت لم تتزوّج، وقال ابن حبيب: إنها تورث منه إن كانت لم تتزوج، وهو بعيد. واختلف هل لها نفقة في هذه الأربع سنين؟ فقال المغيرة: إنه لا نفقة لها إلا أن تكون قد فرض لها قبل ذلك نفقة، فيكون سبيلها في النفقة سبيل المدخول بها، والصواب أن لها النفقة، لأنه كالغائب، ولم يختلفوا أن من غاب عن امرأته قبل الدّخول غيبة بعيدة أنه يحكم لها بالنفقة في ماله، وإنما اختلفوا في الغيبة القريبة على ما مضى في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم. واختلف فيما يحكم لها به من الصداق على ثلاثة أقوال: **أحدها** أنه لا يحكم لها بشيء منه حتّى يأتي وقت لو قدم لم يكن له إليها سبيل، وهو أن تتزوج ويدخل بها الزّوج على اختلاف قول مالك في ذلك، فيقضى لها حينئذ بنصف صداقها، فإذا بلغ من السنين ما لا يجيء لمثله، قضي لها بقيمته، وكذلك يقضى لها بجميع الصّداق، إن انكشف أنه مات قبل أن تتزوّج، وإن انكشف أنه مات بعد أن تزوّجت أو بعد أن تزوّجت ودخل بها زوجها، لم يكن لها إلا نصف الصداق. وجه هذا القول، انه يحكم لها بحكم الحي، لاحتمال أن يكون حيّاً ما دام أمره مجهولاً، فإن بلغ من السنين ما لا يجيء إلى مثله، ولم يعلم له خبر، حمل أمره على أنّه مات عند انقضاء الأجل المضروب لامرأته. هذا قول ابن الماجشون. وقال ابن وهب: إذا بلغ من السنين ما لا يجيء إلى مثلها، وقد كانت تزوّجت، لم يكن لها إلا نصف الصداق. ووجه ذلك أنه حكم لها بحكم بوقت الحياة إلى الوقت الذي حكم بتمويته. **والقول الثاني**: أنه يقضى لها بنصفه، فإن بلغ من السنين ما لا يجيء إلى مثلها وقد تزوجت أو لم

تتزوّج، أو ثبتت وفاته ما بينه وبين أن تبين منه بالدخول أو التزويج، على الاختلاف المعلوم، قضي لها ببقيّته، حكى هذا القول ابن الجلاب في كتاب التفريع. وحكاه ابن سحنون أيضاً. ووجهه أنه لما احتمل حين أُبيحت للأزواج أن يكون ميتاً، فيجب لها جميع الصداق، وأن يكون حيّاً، فلا يجب لها إلا نصف الصداق، على حكم المطلقة قبل الدخول، لم يقض لها إلا بما لا شكّ فيه وهو النصف، حتّى يمضي له من الزّمان ما لا يجيء إلى مثله، أو يثبت أنه مات قبل أن تتزوّج، فيقضى لها ببقيّته في الوجهين، لأنه إذا بلغ من السنين ما لا يجيء إلى مثله، حكم له أنه كان ميتاً عند انقضاء الأجل. وقال ابن وهب: إذا بلغ من السنين ما لا يجيء إلى مثلها بموت لم يكن لها إلا نصف الصّداق على أصله، في أنه يحكم له بحكم الحياة، إلى الوقت الذي حكم بتمويته. **والقول الثالث**: أنه يقضى لها بجميعه. وهو قول مالك في هذه الرّواية. ووجهه أنه لمّا أنزل أمره على أنه قد مات في أن تعتدّ امرأته عدّة الوفاة وتتزوّج، أُنزل أمره أيضاً على ذلك في وجوب جميع الصداق لها. واختلف على هذا القول إن قدم بعد أن تزوّجت ودخل بها الزّوج، أو علم أنه مات بعد ذلك، فقال ها هنا إنها لا ترد من الصداق شيئاً، لأنها قد انتظرته وضيق عليها. وقال في سماع سحنون: إنها ترد نصفه، وهو القياس، لأن الغيب قد كشف خطأ الحكم الأول، فوجب أن يرجع إلى الصواب، ولا اختلاف بينهم في أن الحاكم إذا تبيّن له أنه قد خطأ خطأ لا اختلاف فيه، يرجع إلى ما بَانَ له من الصّواب، وأما إن لم يقدم، ولا علمت حياته ولا موته حتّى بلغ من السنين ما لا يحيى إلى مثلها، فلا ترد من الصداق شيئاً، كانت قد تزوجت أو لم تتزوّج. ويأتي على قول ابن وهب المتقدم أنه إذا بلغ من السنين، ما لا يحيى إلى مثلها، وقد كانت تزوّجت، أن ترد نصف الصداق، وهذا إذا كان الصداق حالاً، وأما إن كان مؤجلاً فاختلف في ذلك، كالاختلاف في قضاء ما لم يحل من ديونه، فقال أصبغ في **الواضحة**: تعطى الصداق عاجله وآجله، ويقضى من ماله ديونه التّي عليه، حلَّ أجلُها أو لم يحل، ويوقف بقيّته، وينفق منه على ما تلزمه نفقته، غير امرأته، وفي غير

الواضحة، لا تؤدى ديونه حتّى تحلّ، واختلف في حدّ التعمير، من السبعين عاماً إلى مائة وعشرين عاماً، فإن فقد وهو ابن سبعين، على مذهب من يرى السبعين، أو ابن الثمانين والتسعين على مذهب من يرى ذلك، أو ما دونه، تلوم له عشرة أعوام، وإن فقد وهو ابن مائة على مذهب من يرى المائة، أو ما دونها، تُلوم له العام والعامين(٥) وقيل: العشرة أعوام. وإن فقد وهو ابن مائة وعشرين، تلوّم له العام ونحوه، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وقال مالك المفقود على ثلاثة أوجه: فأولها إذا فقد الرّجل فلم يدر موضعه، فإن ذلك يضرب لامرأته أجل أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، ويكتب إلى عمّال الكور، وإنما يُستبحث عن خبره قبل الأربع سنين، ويضرب لها بعد الاستبحاث والسّؤال عنه، قال: فإذا استبحث وكتب فيه فلم يقع له خبر، ضرب له بعد ذلك أجل أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً. فإذا مضى لامرأته أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً أُعطيت صداقها إن كان لها قبله، وتزوّجت، ووقف ماله حتّى يأتي من الزّمان ما يعلم أنه ليس يحيى، وكذلك قال مالك في المفقود في صفّ المسلمين في قتال العدو، فذلك الذي لا تتزوّج امرأته حتّى يعلم أنه قد مات ويوقف ماله وامرأته أبداً حتّى يعلم أنه قد مات، أو يأتي عليه من السنين ما يعلم أنه قد مات، والمفقود الذي يفقد في فتن المسلمين التّي تكون بينهم، لا يضرب لامرأته أجل، وإنما يتلوّم له أمر يسير، قدر ما ينصرف من هرب أو انهزام، ثمّ تعتد بعد التلوّم على اجتهاد الإمام، ثمّ تتزوّج ويقسم ماله. قال ابن القاسم: وأرى لمن فقد في فتن المسلمين إذا كانت المعركة على بعد من بلاده، مثل افريقيّة أو نحوها، أن يضرب

(٥) كذا.

لامرأته أجل سنة، وتتزوّج امرأته، ويقسم ماله.

وسئل سحنون عن معركة تكون بين المسلمين في أفنيتهم فيقع القتل بينهم، فما تقول فيمن قتل في المعركة، ولا يعرف مثله إلا بمن حضرهم وليس من أهل العدل، ما يفعل في امرأته، وفي ماله؟ فقال: إذا قامت البيّنة العدلة أنه شهد المعركة، فإن امرأته تعتد في ذلك اليوم الذي كان فيه المعترك، ويقسم ماله، وهو عندي بمنزلة الميت، وإذا كانوا إنما رأوه خارجاً مع العسكر، ولم يروه في المعترك في القتال، إلا أنهم نظروا إليه خارجاً في جملة النّاس، فإن سبيله سبيل المفقود، يضرب لامرأته أجل أربع سنين وأربعة أشهر وعشراً، ثمّ تتزوج، ويوقف ماله إلى الأمد الذي يعيش مثله إليه.

قال محمّد بن رشد: وجه تفرقة مالك بين المفقود في قتال العدو، والمفقود في قتال المسلمين، هو أن يخشى إذا فقد في قتال العدو، أن يكون قد أسر ولم يقتل، فحمل أمره على أنه مأسور، حتّى يعلم أنه مقتول، ولم يفرق بين أن يكون قتال العدو في بلاد الحرب. أو في بلاد المسلمين، إذا كان يحتمل أن يخفى أسره إن أُسر كالمفقود في بلاد الحرب. وأما المفقود في حروب المسلمين، فالأغلب على أمره إذا فقد فيها أنه مفقود، فحمله على ذلك إذا تلوّم له واستجسّ له، فلم يوقع له خبر، فرأى أن يكون التلوّم إذا كانت المعركة بعيدة في بلاده سنة، وظاهر قوله أنها تتزوج بعد السنة، فتكون العدّة داخلة في السنة، خلاف قوله إذا تلوّم له أنها تعتد بعد التلوّم. والصواب أن تكون العدّة داخلة في السنة وفي التلوّم. فإن كان التلوم أقل من أربعة أشهر وعشراً، اعتدت بقيّة الأربعة أشهر وعشراً، لأنه إذا تلوّم له فلم يسمع له خبر، حمل أمره على أنه إنما قتل في المعركة، لا أنه مات بعد ذلك، بخلاف المفقود الذي تكون العدة فيه بعد انقضاء الأجل، إذ لا يعلم له وقت، يغلب على الظنّ أنه مات فيه، كالذي فقد في المعركة، وإنما هو إذا شهدت البيّنة أنه كان في المعترك. وأما إذا رئي خارجاً في جملة العسكر، ولم ير في المعترك،

فحكمه حكم المفقود على ما قال سحنون، فليس قوله بخلاف لقول ابن القاسم وروايته عن مالك، إلا في التلوّم، إذا ثبت أنه كان في المعركة، فإنه لا يراه، وما مضى في أوّل سماع أشهب، خلاف لهذه الرّواية في الذي يفقد في قتال العدو، وفي قتال المسلمين، لأنه ساوى بينها فجعلها في حكم المفقود، إلا في مبلغ الأجل. وقد مضى القول في ذلك هناك، والحمد لله.

مسألة

وسئل عن رجل كانت تحته نصرانيّة، فولد له منها أولاد، ثمّ طلّقها أو مات عنها، هل له أن يأخذ أولاده منها أو يأخذهم أهله إن مات؟ قال: ليس ذلك له ولا لهم، وأمهم أحق بهم ما لم تتزوج.

قلت: فإن تزوجت ولها أُخت مسلمة أو نصرانيّة، فأرادت أن تأخذهم أتكون أحقّ بهم من أبيهم؟ فقال: إذا تزوجت أُمهم أو ماتت، فالأب أولى ببنيه من خالتهم، قال: قلت لسحنون: أرأيت إن تزوّجت هذه النصرانيّة، هل تكون جدّتهم أو خالتهم من النصارى أحقّ بالصبيان من الأب والأولياء؟ قال: نعم، تكون أولى بمنزلة اللّوْكن مسلمات.

قال محمّد بن رشد: ظاهر قول ابن القاسم هذا إن الأب أحقّ بالحضانة من الخالة، وإن كانت مسلمة. وقد روي ذلك عن مالك، ذكره ابن المواز عنه وهو خلاف المشهور في المذهب، وقد تأوّل أن معنى قول ابن القاسم في هذه الرّواية: إن الأب أولى ببنيه من خالتهم، يريد النصرانيّة، مراعاة لقول من لا يرى للنصرانية حضانة، وهو ابن وهب قال: لأن المُسلِمة لو أثنى عليها بسوء لسقطت حضانتها، فكيف بهذه؟ فعلى هذا يتحصل في المسألة ثلاثة أقوال: **أحدها**: أن الأب أحقّ بالحضانة من الخالة، **والثاني**: أنّ الخالة أحقّ، **والثالث**: الفرق بين أن تكون الخالة مسلمة أو نصرانيّة. والصواب ألّا فرق في هذا عنده بين المسلمة والنصرانيّة، وإنما هو اختلاف قول، فمرّة رأى

الأب أحقّ من قرابات الأُم، ومرّة رأى قرابات الأم أحق منه. وتحصيل المذهب في هذا أنه لا اختلاف في أن الأُم أحق من الأب، لقول النبي عليه السلام: «أَنْتِ أَحَقُّ بِهِ مَا لَمْ تَنْكِحِي»(٦)، وأن أُم الأم بمنزلة الأم. واختلف هل يكون الأب أحقّ من قرابات أُمها سِوى أُمها لأن أمها أمّ أمْ لا؟ على قولين، الأشهر منهما أنهن أحق منه. واختلف أيضاً هل يكون الأب أحقّ بالحضانة من قراباته من النساء على قولين: أحدهما أنه أحق منهن، لأنهن إنما يدلين به، فهو أحق منهن، والثاني أنهن أحق منه، لأنهن وإن كنّ يدلين به، فإنه لا يحضن بنفسه ويستنيبُ في الحضانة غيره، ورأى ابن القاسم: بعض قراباته، وهي أُمه أحقّ منه من سائرهن، فاختلف في الأب بعد الاجماع على أنّ الأم أحق منه على أربعة أقوال: أحدها: أنه أحق من قراباته وقرابات الأُم، والثاني: أن قراباته وقرابات الأم أحقّ منه، والثالث: أنه أحق من قراباته، وأن قرابات الأم أحق منه، والرّابع: أن قرابات الأم وبعض قراباته أحقّ منه، وأنه أحق من بعض قراباته، فإن لم يكن أبٌ ولا أم، فلا اختلاف في أن قرابات الأم أحق من قرابات الأب.

ويستحق النساء الحضانة بوصفين: أحدهما أن يكنَّ ذوات رحم المحضون، والثاني أن يكن محرّمات عليه، فإن كنّ ذوات رحم منه ولم يكنّ محرّمات عليه كبنت الخالة، وبنت العمّة، لم يكن لهنّ حضانة، وإن كنّ محرّمات عليه، ولم يكن ذوات رحم منه، كالأم من الرّضاعة، والمحرّمات بالصّهر، لم يكن لهنّ حضانة أيضاً. وأمّا الرّجال فإنهم يستحقّون الحضانة بمجرّد الولاية، كانوا من ذوي رحمه المحرّم، كالجد والعم والأخ، وابن الأخ أو من ذوي رحمه الذين ليس بمحرّم كابن العمّ، أو لم يكونوا من ذوي رحمه كالمولى المعتق، والوصي من قبل الأب، ومن قبَل السلطان، وإذا اجتمعت الخالات فالشقيقة أحقّ، ثمّ التّي من قبَل الأم، ثمّ التّي من قبَل الأب،

(٦) ورد في سنن أبي داوود عن عبدالله بن عمْرو، أن امرأةً قالت يا رسولَ الله: إن ابني هذا كانَ بَطْني لهُ وِعاءً، وثَدْيي لهُ سقاءً، وحَجري لهُ حواءً، وإنَّ أباهُ طَلَّقَني، وأرادَ أن ينتزِعَهُ مِنِّي، فقالَ لها رسولُ الله. صلعم ـ: «أنتِ أحقُّ به ما لَم تَنْكِحي».

وكذلك الأخوات إذا اجتمعن، الشقيقة أحقّ، ثمّ التي للأم، ثمّ التي للأب، لأن الأم أمسّ رحماً، وأمّا بنت الأخت، فقال ابن حبيب: إنه لا حضانة لها، والصواب: أنّ لها الحضانة، لأنها من ذوات المحارم المحرّمات، فإن اجتمع بنت الأخت وبنت الأخ، كانت بنت الأخ أحقّ، إذ قد قيل: إنه لا حضانة لبنت الأخت، وقد قيل: إنها مقدّمة عليها، وقيل: إنهما بمنزلة سواء، ينظر السلطان في أحرزهما، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّله يدير ماله

وسألته عن التّي تطلق وهي ترضع ولا تحيض، قال: عدّتها من يوم يفطم، يعني إلا أن تحيض قبل ذلك ثلاث حيض.

قال محمّد بن رشد: هذا ممّا لا اختلاف فيه، أن ارتفاع الحيض مع الرّضاع ليس بريبة، فتعتد المطلقة المرضع بثلاث قروء أو سَنَةٍ بيضاء لا دم فيها بعد الرّضاع، والمتوفى عنها زوجها بأربعة أشهر وعشر، وإن لم تحض فيهنّ، إلاّ على رواية ابن كنانة عن مالك في سماع أشهب. وإنما اختلفوا في عدّة المريضة في الطلاق والوفاة، إذا ارتفع حيضها بسبب المرض، فقيل: ارتفاع الحيض معه كارتفاع الحيض مع الرّضاع، ليس بريبة، فتعتد في الطّلاق بالأقراء وإن تباعدت، وفي الوفاة بأربعة أشهر وعشر، وقيل: إنه ريبة، فتعتدّ في الطلاق بسنة وتتربص في الوفاة إلى تسعة أشهر. وقد مضى هذا في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم، وفي رسم الطلاق من سماع أشهب، وفي رسم استأذن من هذا السّماع.

ومن كتاب العشور

قال ابن القاسم: في نكاح المريض إذا تزوّج في مرضه وأصابها، إن العدّة عدّة الوفاة، عليها أربعة أشهر وعشر. وقال في كتاب اللقطة: دخل أو لم يدخل بها، تعتدّ أربعة أشهر وعشراً. وقال في سماع أصبغ: إن عليها ثلاث حيض.

قال محمّد بن رشد: وعلى ما في سماع أصبغ، لا عدّة عليها إن مات عنها قبل أن يدخل بها. وهذا على اختلاف فيما يفسخ من الأنكحة التّي اختلف الناس في فسادها، هل يفسخ بطلاق ويكون الميراث فيها؟ أو يفسخ بغير طلاق ولا يكون فيها الميراث؟ **فقد قيل**: فيها كلها الطلاق والميراث، **وقيل**: لا طلاق فيها ولا ميراث، **وقيل**: ما كان يفسخ منها قبل وبعد، فلا طلاق فيها ولا ميراث، وما كان يفسخ منها قبل، ولا يفسخ بعد، فالطلاق والميراث فيه قبل وبعد، والثلاثة أقوال كلها في **المدوّنة**. والـذي يبيّن أن الاختلاف في عدّة الوفاة، جار على هذا الأصل قول محمّد بن المواز، وعدّة النكاح الفاسد في الحرّة والأمة، كالنكاح الصحيح، إلا في الـوفاة، فـإنه يختلف، فيما كان منه يفسخ قبل البناء، فعدّتها أربعة أشهر وعشر، إذا مات قبل الفسخ، بَنَا بها أو لم يبن، وما كان منه يفسخ بعد البناء، فلا عدّة وفاة فيه، وإن بنا ففيه ثلاثة[7] حيض. وقاله أشهب وأصبغ، وإليه يرجع ابن القاسم. قال أصبغ: وغير هذا خطأ. قال محمّد: يعني شيئاً ذكر عن ابن القاسم فيمن نكح في العدة ثمّ مات، أنها تعتدّ أربعة أشهر وعشراً. قال محمّد: لعله إنما تزوّجها في عدّتها منه. وقد حكى ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه قولاً ثالثاً في نكاح المريض، إنه إن لم يكـن بنا بها فلا عدّة عليها، وإن بنا فأربعة أشهر وعشر وهو قول لا يحمله القياس، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل قال لامرأته: اذْهبي فتزوّجي، إنه إن لم يكن أراد طلاقاً فلا شيء عليه.

قال محمّد بن رشد: معنى هذا إذا أتى مستفتياً، وأما إذا كان مطلوباً أو مخاصماً، فيحلف ما أراد بذلك الطلاق، على ما مضى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، وفي رسم سنّ منه، وبالله التوفيق.

(٧) كذا.

ومن كتاب شهد على شهادة ميّت

وسئل عن المرأة يغيب عنها زوجها العشرين سنة، مثل طنجة أو افريقيّة، فتشكو مغيب زوجها إلى القاضي وتَرْكَه إياها، ما يصنع بها؟ قال ابن القاسم: قال لي مالك: إن عمر بن عبد العزيز، قضى فيها أن يكتب إلى زوجها، إما أن يقدم إليها، وإما أن يحملها إليه، وإما أن يفارقها. وقال مالك: وأنا أرى ذلك وآخذ به، وأرى أن يُقضى به. **قلت:** فما حدّ الغيبة، قال: أمّا الحين، يعني الأمر القريب، فيما ظننت، السنتين والثلاث، وأما إذا تطاول ذلك، فأرى أن يقضى عليه به. قال لي مالك: ويغرم نفقة ما أنفقت وهو غائب، إذا كان لا يبعث إليها بنفقة.

قال محمّد بن رشد: قد تقدم القول على هذه المسألة في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم. فأغنى ذلك عن إعادته ها هنا، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الرّهون

وقال: في الذي يطلق امرأته وهي حائض، فيؤمر برجعتها، فيرتجعها وهو يريد أن يطلقها إذا طهرت من الحيضة الأخرى، هل يصيبُها إذا طهرت من ذلك الحيض؟ قال: نعم.

قال محمّد بن رشد: وهو الذي يؤمر به أن يفعله، لأنه إنما يؤمر بالارتجاع للوطء ولو ارتجعها وهو ينوي أن يطلقها إذا طهرت الثّاني دون أن يصيبها ففعل، لكان مضارّاً لها آثماً فيها، لأن قول الله عزّ وجلّ: ﴿ وَلاَ تُمْسِكُوهُنّ ضِرَاراً لِتَعْتَدُوا ﴾[٨]، إنما نزلت في هذا المعنى كان الرّجل يطلق امرأته ويمهلها، حتّى إذا شارفت انقضاء عدّتها راجعها ولا حاجة له بها، ثمّ

(٨) البقرة: ٢٣١.

طلّقها، وأمهلها حتى إذا شارفت انقضاء عدّتها أيضاً راجعها ثمّ طلّقها، ليطول عليها العدّة بذلك، فأنزل الله عزّ وجلّ الآية بالنّهي عن ذلك والتحذير عنه.

مسألة

وقال: في رجل طلق امرأته وأشهد على رجعتها شاهداً واحداً، إنه إن كان دخل بها، فإن ذلك يجزيه، وإن كان خلا بها جاز قوله، وإن لم يشهد رأساً، وإن لم يخل بها فلا يجوز قوله، وإن كان له شاهداً إذا انقضت عدّتها.

قال محمّد بن رشد: هذا كما قال وهو مثل ما في **المدوّنة** إذا ارتجع ولم يشهد ولا خلى بها حتّى انقضت العدّة، فلا يصدق على الرَّجعة، لأن الله ما أمره بالإشهاد على الرّجعة بقوله عزّ وجلّ: ﴿ **وأَشْهِدُوا ذَوَيْ عَدْلٍ مِنْكُمْ** ﴾[٩]، دلّ على أن المرتجع ليس بمؤتمن على الرّجعة، ولا مصدّق قوله فيها، كما أنّ والي اليتيم، إذا ادعى دفع ماله إليه لم يصدّق، وإن كان المال بيده أمانة، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **فَإِذَا دَفَعْتُمُ إِلَيْهِمُ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُوا عَلَيْهِمْ** ﴾[١٠]، وقد قال جماعة من العلماء: إن الإشهاد على الرّجعة واجب، وتارك ذلك آثم، بخلاف الإشهاد على البيع، لأنه قد جاء ما دل على أنه غير واجب في البيع، وهو قوله: ﴿ **فَإِنْ امِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُوَدِّ الّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ** ﴾[١١]، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل أسكن أخاً له منزلاً، وإن أخاه ذلك طلق

---

(٩) الطلاق: ٢.

(١٠) النساء: ٦.

(١١) البقرة: ٢٨٣.

امرأته وخرج، فقال صاحب البيت للمرأة: اخرجي، إنما أسكنت أخي، وقد خرج، إن ذلك ليس له، وإنها لا تخرج حتّى تنقضي عدّتها.

قال محمّد بن رشد: اعترض أبو اسحاق التونسي هذه الرّواية، لأنه إن كان أسكن أخاه إسكاناً مطلقاً، فله أن يخرجه متى ما شاء، كما لو اشترط ذلك عليه، فإذا كان له أن يخرجه، فكيف لا يكون له أن يخرج امرأته إذا طلقها؟ هذا بعيد، ووجه الرواية عندي أنه أسْكن أخاه على أن يسكن ما شاء، فكان سكنى العدة تبعاً لسكنى العصمة في الوجوب، لاتصاله به، كما كان سكنى عدّة الوفاة تبعاً لسكنى الحياة في الوجوب، لاتصاله به إذا أسكنه الدّار حياته، وهذا بيّن إن شاء الله.

ومن كتاب البراءة

وسألته عن الذي يطلق امرأته وهي ترضع، أو لا ترضع، فيموت زوجها، فتدعي أنها لم تحض، فتطلب الميراث. قال: أمّا التي لا ترضع، فهي مصدَّقة حتّى يأتي عليها سنة، ذكرت ذلك أو لم تذكر، وعليها اليمين، إلا أن يكون سمع منها أنها حاضت ثلاث حيض، وأمّا التّي ترضع فهي مصدّقة حتّى تفطم ولدها وبعد الفطام بسنة.

قال محمّد بن رشد: قوله: في التّي لا ترضع، إنها مصدّقة حتّى يأتي عليها سنة، معناه أنها مصدقة إن لم تحض فيما بينها وبين سنة، مع يمينها، ويكون لها الميراث، ولا تصدّق إذا انقضت السنة، فطلبت الميراث، وزعمت أن عدّتها لم تنقض، لأن بها حِسّاً تجده في بطنها، حتّى يراها النساء، فيصدقنها فيما ادعت من ذلك. ومن دليل هذه الرّواية والله أعلم، أخذ ابن العطار أن المطلقة إذا مرّت بها سنة فزعمت أنها مسترابة، ينظر إليها النساء، فإن رأين بها ريبة تمادت في سكناها، ما بينها وبين خمسة أعوام، إلا أنه زاد وتحلف أنها

لم تحض في المدّة الماضية، ولا يصحّ ذلك، وإنما يختلف فيما دون السنة، إذا صدقت دون أن ينظر إليها النساء. وقوله: ذكرت ذاك أو لم تذكره، يريد ذكرت ارتفاع حيضتها في حياة الزّوج أو لم تذكر، تصدق في الوجهين جميعاً، وعليها اليمين. وفي كتاب ابن المواز أنها لا تصدق، ويكون لها الميراث، إلا أن يذكر ذلك في حياته، ويعلم من قولها قبل وفاته، وكذلك لو ادعت بقرب انسلاخ السنّة أنها لم تستكمل الحيض الثلاث لصدقت، وإن كانت لم تذكر ذلك في حياته على هذه الرّواية مع يمينها، ولا تصدق، وعلى ما في كتاب **محمّد** إلا أن تكون ذكرت ذلك في حياته، ولو ادعت ذلك بعد الأربعة أشهر، لانبغى أن تصدّق دون يمين، ولو ادعت ذلك بعد الستة أشهر ونحوها لانبغى أن تصدق مع يمينها ، وإن لم تذكر ذلك، وأما لو ادّعت بعد موت زوجها بأكثر من العام أو العامين أنها لم تستكمل ثلاث حيض، لتأخر الحيض عنها، لانبغى ألا تصدق، إلا أن تكون ذكرت ذلك في حياته قولاً واحداً. فهذا تحصيل القول عندي في هذه المسألة[١٢] دون يمين، وموضع يكون القول فيه قولها مع يمينها على اختلاف في مراعاة ذكر ذلك، وموضع لا تصدّق فيه مع يمينها، إلا أن تكون ذكرت ذلك، وموضع لا تصدّق فيه وينظر إليها النساء، وبالله التوفيق.

وحكم التّي ترضع بعد الفطام، كحكم التّي لا ترضع من يوم الطلاق، إذ لا اختلاف في أنّ ارتفاع الحيض مع الرّضاع ليس بريبة، والله أعلم، وبه التوفيق.

ومن كتاب الجواب

وسئل عن العبد تكون تحته المرأة الحرّة، أو الأمة، فيطلّقها اثنتين، ثمّ تقوم له بيّنة أنه حر من أصله. قال ابن القاسم: يمسكها بواحدة تبقى له فيها، ويرتجعها على ما أحبّت أو كرهت، إن كانت في العدة، ليس عليه إلا التطليقتان اللتان طلّق، وإن كانت خرجت

(١٢) سقطت من الأصل هذه الجملة: «موضع يكون فيه القول قولها» دون وثبتتْ في ق ١.

من العدّة، خطبها ونكحها قبل زوج، وسواء طلقها وهو ممن لا يعلم أن طلاقها اثنتان، أو طلقها وهو ممّن يعرف أن طلاقها اثنتان فليس عليه إلا تطليقتان، إلا أن يكون أراد البيّنة على ذلك، طلق بها، أو هو يريد ذلك، أو يتكلم بالبيّنة، فلا تحل له حينئذ حتّى تنكح زوجاً غيره، وسواء استُحق بحريّة من أصله ومولده، أو استُحق بحريّة عتق بها من ملك إذا كان ذلك قبل الطلاق، وطلاقه يجري مجرى الحدود، له وعليه إذا كانت الحريّة قبلها عمل فيها، كما يعمل في حدود الأحرار، وكذلك الأمة إذا طلقت ثم ثبت أنها حرّة قبل ذلك، فعدّتها ثلاث حيض، ولزوجها عليها الرّجعة، ما لم تحض الثالثة، إن كان طلّقها[١٣] يرتجع منه، وإن تزوجت بعد الحيضتين وقبل الحيضة الثالثة، ثمّ جاء العلم فسخ نكاحهما، وفرق بينهما، وإن كان قد دخل بها فيها لم ينكحها أبداً.

قال محمّد بن رشد: هذا كلّه بيّن على ما قال، لأن جهل العبد والأمة بحرّيتهما لا تأثير له فيما يلزمهما من أحكام الحرّ، ألا ترى أنهما لو زنيا وهما لا يعلمان بعتقهما لَحُدَّا حَدَّ الأحرار، ولو وقع لهما ميراث لورثاه، فكذلك إذا طلق العبد امرأته طلقتين، ثمّ انكشف أنه كان حرّاً من قبل الطلاق، تبقى له في زوجته طلقة، ويكون له عليها الرّجعة إن لم تنقض العدّة، ولو انكشف أنه كان أعتق بعد أن طلق الطلقة الأولى، لبانت منه بالطلقة الثانيّة، وكذلك الأمة إذا طلقت فاعتدت بحيضتين، ثمّ انكشف أنها كانت أعتقت قبل الطلاق، تبقى عليها حيضة ثالثة من عدّتها. وأما إن كان العتق بعد الطلاق، فعدّتها حيضتان، وإن أعتقت قبل أن تحيض، لأن العدّة قد لزمتها في حين الطلاق عدّة أمة، فلا تنتقل عنها إلى عدّة الحرائر. وقال ربيعة: إن أعتقت قبل أن تحيض اعتدت عدّة الحرائر، وإن اعتقت بعد أن حاضت حيضة اعتدت

(١٣) في ق. ١ طلاقاً. وهو الصواب.

عدّة أمة ولا اختلاف أعلمه في أنّ العدّة بالنساء، وأن الأمة تعتد حيضتين، كان زوجها حرّاً أو عبداً، والحرّة تعتد ثلاث حيض، كان زوجها حرّاً أو عبداً، وأما الطلاق، فذهب مالك أنه بالرّجال، بطلاق العبد على مذهبه طلقتان، كانت امرأته حرّة أو أمة، وطلاق الحرّ ثلاث تطليقات، حرّة كانت امرأته أو أمة، وروي ذلك عن عثمان بن عفّان، وزيد بن ثابت، وذهب أبو حنيفة إلى أن الطلاق على حكم النساء المطلقات. وروي ذلك عن عمر بن الخطاب، وعليّ بن أبي طالب. وروي عن ابن عمر أنّه قال: أيهما رق نقض الطلاق برقّه.

مسألة

وسألته عن العبد يريد أن يظعن بامرأتـه الحرّة، قـال ابن القاسم: ليس للعبد أن يظعن بامرأته حرّة كانت أو أمة، إلا أن يكون الشيء القريب جداً، مثل بعض الريف الذي لا يخاف عليها فيه ضيعة ولا ضرورة، فأما الأسفار والبلدان والبعد، فليس ذلك له، أرأيت لو ظعن بها في أرض غربة، ثمّ باعه سيّده بها، ممّا يظعن به أو يخرجه، كيف كانت تكون، إن لم تقدر على الرّجوع والنهوض معه، ولا يحملُها سيّده معه، ويمنعه من ذلك، أفيبقى يستطعم؟ ثمّ فليس للعبد أن يظعن بامرأته أمة ولا حرّة، ولا أعلمه إلا قول مالك.

قال محمّد بن رشد: قد بيّن ابن القاسم وجه قوله في أن العبد ليس له أن يظعن بامرأته بما لا تزيد عليه، وللحرّ ذلك، إلا أن يكون غير محسن إليها، ولا مأمون عليها، على ما مضى من قول مالك في رسم الطلاق من سماع أشهب، من كتاب النّكاح وهو معنى ما في المدوّنة، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن المرأة تأخذ في صداقها الجاريـة، فتؤدبها وتنفق

عليها في الأدب حتّى يزيد ذلك في ثمنها أضعاف ثمنها، ثمّ يطلّقها قبل الدّخول بها، هل يكون له نصف الجارية بنمائها من غير غرم شيء من النفقة؟ قال ابن القاسم: نعم، له نصفها بنمائها بغير شيء، وليس عليه فيما أنفقت عليها ولا ما أدبتها به، قليل ولا كثير، وهو شريك في النماء، كما كان شريكاً في النقصان والتلف.

قال محمّد بن رشد: في المبسوط من قول ابن وهب: إنها لا ترجع عليه بما أنفقت في تعليم الخير، وهو قول محمّد بن خالد في رواية أبي صالح، قال: وكذلك في الاستحقاق، يريد ما لم تكن النفقة أكثر ممّا زادت قيمتها، ولا ترجع بالزّيادة، لأنها لو لم تزد قيمتها بما أنفقت عليها، لم يكن لها أن ترجع بشيء ممّا أنفقت إذ لم تنتفع بذلك، وهذا الاختلاف إنما هو على القول بأنهما شريكان فيها، وإن الغلّة بينهما، فوجه قول ابن القاسم: إنّ الزّوج يقول لها: إنما أنفقت على نصفك الذي لك، ولم تتكلّفي بسبب نصفي شيئاً زائداً، فترجعي به عليّ. ووجه القول الثاني أن المرأة تقول له: انتفعت بمالي فلا تذهب نفقتي على نصفك باطلاً، فإما أن تؤدي إليّ نصف النفقة، وإلا فخذ مني قيمة نصفك غير معلم، وهذا القول يأتي اختلافهم في وجوب الكراء للحاضن في الحضانة، والقولان متكافئان في الحجة، وأما لو مرضت فطبّتها حتّى برئت، لكان الأظهر ألا رجوع لها عليه، لأنه وإن كان الزّوج قد انتفع بمعافاتها فهي مستهلكة، إذ لم يزد ذلك في قيمتها، ولم يختلفوا في أنه لا رجوع لها عليه بما أنفقت عليها فيما لا غنى لها عنه من طعامها وشرابها، إلا أن تكون صغيرة فتكبر، فقيل: إنه يكون لها الرّجوع عليه بالنفقة، وكذلك إن كانت قد اغتلت منها غلّة، فقيل: إن نفقتها تكون من غلّتها، والقياس أن يكون لها الرجوع بالنفقة على كلّ حال، على القول بأنهما فيهما شريكان، وأما على القول بأنها لها والمصيبة منها، والغلة لها، فلا رجوع بما أنفقت عليها فيما لا غنى لها عنه من طعامها وشرابها، وأما النفقة عليها في تعليمها الخير، أو في معافاتها إن مرضت، فيجري ذلك على الاختلاف في الرّجوع بالسعي والعلاج في

الاستحقاق، فقف على ذلك كلّه وتدبّره، تجده صحيحاً إن شاء الله، وبه التوفيق.

مسألة

وسألته عن الرّجل هل يفرض عليه في نفقة امرأته لحاف تلتحفه بالليل، أو نضوح، أو دهن، أو مشط، أو مكحلة، أو صبغ أو ما أشبه ذلك؟ وهل يفرق بينهما إذا وجد النفقة من الطعام والكسوة وإن لم يجد ما وراء ذلك؟ قال ابن القاسم: نعم، يفرض لها اللحاف لليل، والفراش، والوساد، والسرير، إن كان بموضع يحتاج فيه إليه، ولا يستغنى عنه، لخوف العقارب وشبه ذلك، ويفرض ذلك لها الدّهن فيما يفرض، وأما المشط والمكحلة والصبغ، فلا أدري ما ذلك؟ ولا أراه، وتفرض لها النفقة والكسوة على قدرها من قدره، ليس عليه في ذلك خز ولا حرير ولا وشي، وإن كان يجد سعة، وإنما تفسير قدره من قدرها، إن كان مثلها يلبس القطن وما أشبهه، ومثله يقدر عليه، فرض لها، ويفرض لها لباس الشتاء والصيف، من الجبة والقرقل، والمقنع والخمار، والإزار، وما أشبه ذلك مما لا غنى لها عنه، ويسترها ويواريها، ويفرض لها قوتها من الطعام، وليس عليه أن يقيم لها اللحم كلّ ليلة، ولكن إن كان يجد سعة، أقام لها المدّة بعد المدّة، ويفرض لها من النفقة ما يكون فيها ماؤها وطحنها، ونضج خبزها، ودهانها وحنّا رأسها، ومشطها، وما أشبه ذلك، وإن لم يجد إلا نفقة شهر وأيّام، كما ذكرت لك، لم يفرّق بينهما حتّى يفنى ذلك، ثمّ يتلوّم له السلطان، بقدر ما يُرجا له، ويعرف من حاله، وإن لم يجد إلا الطعام والكسوة كما ذكرت، ولم يجد غيره، لم يفرق بينهما لذلك، وإن كانت من أهل بيت الغنى والشّرف، وكانت الكسوة من وسط غليظ القطن والكتّان، مثل الفسطاطي وما أشبه ذلك، وإن لم يجد إلا نفقة شهر، لا يفرّق بينهما

إذا قدر على ذلك، كانت من أهل بيت الغنى والشرف، أو لم تكن، إذا قوي على طعامها وكسوتها، بحال ما وصفت لك، فهو أملك بها، ولا يفرق بينهما، وإن فرق بينهما إذا لم يجد النفقة، ثمّ وجد النفقة شهراً كما سألت وهي في العدّة، فهو أملك بها، وإن لم يجد إلا نفقة الأيّام اليسيرة، الخمسة، والعشرة، والخمسة عشر، وما أشبه ذلك، لم أر ذلك له، لأن هذا ممّا لا قدْر له ولا منفعة فيه، ولأن ذلك يصير إلى ضرار، إذا انقضت تلك الأيّام، فرق بينهما، ثمّ إن وجد مثلها رجع أيضاً إليها، فهذا الضرر وشبه اللعب.

قال محمّد بن رشد: أوجب في هذه الرّواية على الرّجل في فرض امرأته من الدّهن ما تدهن به، ومن الحنّا ما تمشط، وذلك لعرف معروف عندهم، وعادة جرى عليها نساؤهم، ولا يفرض ذلك عندنا، إذ لا يعرفه نساؤنا، ولأهل كل بلد من هذا عُرفهم وما جرت به عادتهم. وأما الصبغ والطيب، والزّعفران والحنّا لخضاب اليدين والرّجلين، فلا يفرض على الزّوج شيء من ذلك، قاله ابن وهب في رسم الأقضية من سماع يحيى، وهو معنى قول ابن القاسم ها هنا: واضطرب قوله في المشط، فله في أوّل الكلام، أنه لا يفرض ذلك عليه، وقال بعد ذلك: إنه يفرض عليه من النفقة ما يكون فيه حنّا رأسها ومشطها، وأما الكسوة فلم يوجب على الزوج منها إذا عجز عمّا يشبهها إلا وسطها، وما لا يعرها، وإن كانت من بيت أهل الغنى والشّرف، مثل وسط غليظ الكتّان والقطن، وما أشبه مثله في رسم الكبش من سماع يحيى لابن القاسم، وفي رسم الأقضية منه لابن وهب، وهو نحو قول ربيعة في **المدوّنة**. أما العبا والشمال فعسى ألا يؤمر بكسوتها، وأما غليظ الثّياب مثل الخيف والاترى فذلك جائز للمعسر، لا يلتمس منه غيره، خلاف ما حكى ابن المواز عن أشهب، من أنّه إذا عجز عمّا يشبهها فرق بينهما وأمّا إذا كان عنده سعة، فليس له أن يقصر بها عمّا يبتذله مثلها إن كانت من أهل بيت الغنى والشرف، لا ممّا يكسو مثله في سعة حاله أهله، وإن لم تكن

من بيت الغنى، فقوله في صدر المسألة ليس عليه في ذلك خز ولا حرير ولا وشي، معناه في الخز والحرير المرتفع، الذي لا يشبه أن يبتذله مثلها ان قد يكون من الخز والعصب والشطوى ما يشبه العصب الغليظ، فيلزمه مثله إذا كانت حاله متّسعة، وكان ذلك نحو لبسة أهل البلد، على ما في سماع يحيى لابن وهب ويحيى، وقوله: وإن لم يجد إلاّ نفقة شهر لا يفرّق بينهما إذا قدر على ذلك بيّن لا إشكال فيه، ولا كلام، إذ لا اختلاف في أنّه لا يفرّق بينهما حتّى يفنى ما عنده، ولا يجد شيئاً ينفقه، وما دام يجد ما ينفق عليها ولو يوماً بيوم، الخبز وحده، فلا يفرّق بينهما، وإنما الاختلاف إذا لم يجد شيئاً في قدر التلوّم الذي يتلوّم له، وكذلك يطلق عليه، فقال في المدوّنة: يتلوّم له ولم يجد في ذلك حدّاً. قال: ومن الناس من لا يُرجـا له كأنه يريد، لا يتلوّم لمن لا يرجى له. وقد روى قرعوس عن مالك، أنه لا يؤخر الذي لا يرجى له، كالذي لا يرجى له. وقال ابن حبيب: يتلوّم له الشهر والشهرين، وإن لم يلح ولم يجد شيئاً، ورواه عن مالك، وقال أصبغ إذا كان لا يرجى له، ولا مال لها تنفق منه على نفسها، فيتلوّم له الشهر ولا يبلغ به الشهرين، إلا إذا كان لها مال تنفق منه على نفسها، وقد روي عن مالك أنه لا يتلوّم له شيء إذا لم يكن لها مال تنفق منه على نفسها. وقد روى ابن نافع عن مالك أنه لا يتلوّم له إلا اليوم ونحوه، بقدر ما لا تجوع امرأته، روى عنه أنه يتلوّم له اليوم واليومين والثلاثة، وقوله: إذا قوي على طعامها وكسوتها، يدل على أنه لا تطلّق عليه بعجزه عن الإخدام، وهو المشهور في المذهب. وقد روى ابن المعدل عن ابن الماجشون، أنه يطلق عليه لعجزه عن النّفقة على خادمها، كما يطلّق عليه لعجزه عن النّفقة عليها. وذهب ابن حبيب إلى أن الزّوج لا يلزمه الإخدام، إلا أن يكون موسراً، وتكون زوجته من ذوات الأقدار. فإن لم يكن موسراً أو لم تكن زوجته من ذوات الأقدار، فعليها الخدمة الباطنة من العجن والطبخ والكنس، والفرش، واستقاء الماء إذا كان معها في الدار، إلا أن يكون زوجهـا من أشراف النّـاس الذين لا يمتهنـون أزواجهم في الخدمـة، فعليه الإخدام، وإن لم تكن زوجته من ذوات الأقدار. وقوله: إنه إذا فُرّق بينهما،

ثمّ وجد النفقة شهراً، إنه يكون أملك بها معناه، وإن لم يطمع له بمال سوى ذلك، وهو صحيح، لأنه إذا أيسر في العدّة، وجبت عليه النفقة، وإن لم يرتجع، قاله ابن حبيب في **الواضحة**. وحكاه عن مطرف وابن الماجشون، وهو الذي يأتي على مذهب مالك في **المدوّنة** إذ قال فيها: إنّ كلّ طلاق يملك فيه الزّوج الرّجعة، فالنفقة على الزّوج لامرأته وإن لم تكن حاملاً، وكذلك المولي فلا يصحّ أن يحكم عليه بالنفقة، ويمنع من الرّجعة، وقد حمل بعض الناس ما في **الواضحة** على أنه ساوى بين الذي يطلق عليه بالإيلاء، والذي يطلق عليه بعدم الإنفاق، في أنه لا نفقة على واحد منهما، حتّى يرتجع، لقوله فيها: وكلّ طلاق لا يملك فيه الزّوج الرّجعة إلا بقول وفعل، فلا نفقة عليه حتّى يرتجع، وليس ذلك بصحيح، إذ فرق بينهما، وقوله في الذي يطلق عليه بالإيلاء إنه لا نفقة عليه حتّى يرتجع، مثله حكى ابن شعبان عن مالك، وذلك خلاف نصّ ما في **المدوّنة** وأما قوله: إنـه إذا لم يجد إلا نفقـة الأيّام اليسيـرة الخمسة والعشرة، والخمسة عشر، وما أشبه ذلك، فلا رجعة له، معناه: إذا لم يجد إلا ذلك، ثمّ ينقطع، وأما لو قدر على أن يجري عليها النفقة مُياومة، فإن كان ممّن يجريها قبل أن يُطلّق عليه مياومة، فله الرّجعة، واختلف إن كان ممّن يجريها قبل الطلاق مشاهرة، فقيل: له الرّجعة، وقيل: لا رجعة له. حكى ابن حبيب القولين، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الذي ينكح في العدّة، فيقبِّل أو يباشر، أو يجس، أو يغمز، ثمّ يعلم بذلك، فيفرق بينهما، هل ينكحها بعد ذلك؟ قال ابن القاسم: أحبّ إليّ ألا ينكحها أمره بذلك من غير قضاء يقضي به عليه، لأنه أمر ليس بالقوي، لأن الوطء نفسه فيه من الاختلاف ما فيه، إذا لم يطأ، والذي يعقد في العدة، ويدخل بعد العدّة، فيفرّق بينهما، يؤمـر أيضاً بألا ينكحها بعد ذلك، ولا أرى أن يقضى عليه بذلك، ولا يجبر عليه، والذي يواعد في العدّة، وينكح بعد

العدّة مثله، إذا ثبت أنه واعد، والذي يواعد في العدّة بأمر يعرف، أو بإقرار، فرق بينهما، وكانت طلقة، وإن كان مسها أمرته ألا ينكحها بعد ذلك من غير قضاء يقضى به عليه، لأنه قد اختلف الناس فيه، وغمروه (كذا) وقد روى ابن القاسم عن مالك: إنه جائز، وروي أشهب مثله.

قال محمّد بن رشد: قوله: في الذي قبل أو باشر في العدّة، إنها لا تحرُم عليه، خلاف قوله في **المدوّنة**. وقوله: في الذي واعد في العدّة وتزوّج بعدها ودخل بها إنها لا تحرم عليه، خلاف قوله في رسم الرّهون من سماع عيسى من كتاب النّكاح. وقد مضى تحصيل القول في هذه المسألة في رسم الطلاق الثّاني من سماع أشهب من كتاب النكاح، فمن أراد الوقوف عليه تأمله هناك.

وقوله: لأن الوطء نفسه فيه من الاختلاف ما فيه، أشار إلى رواية ابن نافع عن عبد العزيز بن أبي سلمة، أن من تزوّج في العدّة، ودخل فيها، وفرّق بينهما، إنه يجوز له أن يتزوّجها بعد ذلك إن أحبّ، وقد وقع له في **المدوّنة** ما ظاهره مثل قول مالك فيها، خلاف رواية ابن نافع هذه عنه، وهو قوله، وقال مالك وعبد العزيز: هو بمنزلة من نكح في العدة ودخل في العدّة، وقد تأول أنه أراد أنهما سواء عند مالك في أن التحريم يقع بهما، وأنهما سواء عند عبد العزيز في أن التحريم لا يقع بهما، وبالله التوفيق.

ومن كتاب القطعان

وسئل عن الذي يقول لامرأته: أنت طالق ألبتة، إن لم أُطلّق امرأتي الأخرى إلى سنة، قال: يقال له: طلق من شئت منهما، لأن فرج إحداهما قد حرم عليك، **قلت**: ولا يضرب له أجل، قال: لا، **قلت**: فإن لم يطلّق، قال: يحبس حتّى يطلق، ولا يقرب واحدة منهما حتّى يطلّق إحداهما.

قال محمّد بن رشد: قول ابن القاسم هذا صحيح، على قياس مذهبه في **المدوّنة** في الذي يقول لامرأته: أنت طالق إن لم أطلقك، أو إن لم أُطلقك إلى سنة، فإنه يعجل عليه الطلاق، وإنه إن قال لها: أنت طالق ثلاثاً إن لم أُطلقك واحدة، وإن لم أُطلقك واحدة إلى أجل، إنه يوقف عن امرأته، فيقال له: إما طلقتَ واحدة، وإلا طلقت عليك ثلاثاً، على قياس قول سحنون وأصبغ في القائل لامرأته: إن لم أُطلقك فأنت طالق، أنت طالق إن لم أطلقك، أو أنت طالق إن لم أطلّقك إلى سنة، إنه بمنزلة قوله: أنت طالق إن لم أفعل كذا وكذا، أو إن لم أفعل كذا وكذا إلى سنة، أن يكون قول الرّجل لامرأته: أنت طالق إن لم أُطلق امرأتي الأخرى إلى سنة بمنزلة قوله: أنت طالق إن لم أفعل كذا وكذا إلى سنة، فلا يلزمه في امرأته إلاّ ألاّ يطلق امرأته الأخرى إلى سنة، وعلى قياس هذا يأتي ما لابن القاسم في سماع أبي زيد، من كتاب التخيير والتمليك، ويدخل عليه الإيلاء إن طلبت امرأته المسيس، على القول الذي لا يجيز له أن يمسّ امرأته إلى ذلك الأجل، وهو قول ابن القاسم في رسم يوصي من كتاب الإيلاء، وقول غير ابن القاسم في العتق الأوّل من **المدوّنة**، وبالله التوفيق.

مَسْألة

وسئل عن رجل شكّ في طلاق امرأته أيُقضى عليه بطلاقها، أم ذلك إليه، ولا يقضى عليه بطلاقها؟ قال: ذلك إليه ولا يقضى عليه بطلاقها.

قال محمّد بن رشد: الشكّ في الطلاق ينقسم على خمسة أقسام: منه ما يتفق على أنه لا يؤمر ولا يجبر، وذلك مثل أن يحلف الرّجل على الرّجل ألا يفعل فعلاً، ثمّ يقول: لعله قد فعل، من غير سبب يوجب ذلك الشك في ذلك، ومنه ما يتفق على أنّه يؤمر ولا يجبر، وذلك مثل أن يحلف ألا يفعل فعلاً، ثمّ يشكّ هل حنث أم لا لسبب أدخل عليه الشكّ؟ ومنه ما يتفق على أنه لا يجبر، ويختلف، هل يؤمر أم لا؟ وذلك مثل أن يشك الرّجل هل طلق

امرأته أو لم يطلق؟ أو يشك هل حنث في يمينه فيها؟ فقال ابن القاسم: إنه يومر، ولا يجبر، وهو قوله في هذه الرّواية، وقال أصبغ: لا يؤمر ولا يجبر، ومنه ما يختلف هل يجبر أو لا يجبر؟ وذلك مثل أن يطلق، فلا يدري، إن كان طلق واحدة أو اثنتين أو ثلاثاً، ويحلف ويحنث، ولا يدري إن كان حلف بطلاق أو مشي، أو يقول امرأتي طالق إن كانت فلانة حائض، فتقول: لست بحائض، وإن كان فلان يبغضني، فيقول: أنا أحبّك، أو إن لم تخبرني بالصدق، فيخبره، ويزعم أنه قد صدقه ولا يدري حقيقة ذلك، والخلاف في المسألة الأولى من قول ابن القاسم، ومن قول ابن الماجشون، وفي الثانيّة بيْن ابن القاسم وأصبغ، ومنه ما يتفق على أنّه يجبر، وذلك مثل أن يقول: امرأتي طالق إن كان أمس كذا وكذا لشيء يمكن أن يكون وألا يكون، ولا طريق إلى استعلامه، ومثل أن يشك في أي امرأة من امرأتيه طلق، فإنه يجبر على فراقهما جميعاً، ولا يجوز له أن يقيم على واحدة منهما، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل كانت له امرأتان: الواحدة قد دخل بها، والأخرى غير مدخول بها، فطلّق واحدة تطليقة واحدة، ثمّ نسي أيهما ثمّ ماتتا أيرثهما؟ قال: أمّا التي تحته فإنها إن ماتت قبل انقضاء العدة ورثها، والأخرى إن شاء ورثها، وإن شاء لم يرثها، ذلك إليه في الاحتياط.

قال محمّد بن رشد: أما قوله في التي قد بنى بها إنه يرثها إن ماتت قبل انقضاء عدّتها صحيح، لأن الميراث بينهما قائم ما لم تنقض العدّة، وإن تحقق أنها هي المطلقة، وأما قوله في الأخرى: إنه إن شاء ورثها وإن شاء لم يرثها، ذلك إليه في الاحتياط، ففيه نظر، لأنه أباح له أن يأخذ ما لا يدري هل هو له أم لا؟ وإن كان الاحتياط عنده ألا يأخذه، ويلزمُ على هذا لو لم تمت أن يومر بفراقها، ولا يجبر على ذلك، ووجه قوله إنه لمّا ورث التي قد دخل بها فكأنه لم يشك في طلاقها، وإنما شك في طلاق الأخرى، فأشبه عنده

من شكّ في طـلاق امرأته، أنّه يومر أن يفارقها، وإن ماتت ألا يرثها ولا يجبر على ذلك، لأن العصمة متيقنة فلا ترتفع بالشك، وليس هذا بـيّن، لأن الطلاق في هذه متيقّن في إحداهما، فكما لا يجوز له أن يمسك واحدة منهما، مخافة أن تكون هي المطلقة فكذلك لا يجوز له أن يرث التي لم يدخل بها، مخافة أن تكون هي المطلقة، إلا أن يتذكّر أن الأخرى هي المطلقة، ويتيقن ذلك، ونحا فضل، إلى أنه يكون له نصف ميراثه منها، كما يكون لكل واحدة منهما نصف ميراثها منه إن مات هو بعد انقضاء عدّة التي دخل بها، وليس ذلك بصحيح، لأنه إذا مات هو بعد انقضاء عدّة التّي دخل بها، فقد تحققتا أن الميراث لإحداهما، وهما تتنازعانـه، فيقسم بينهما بعـد أيمانهما عـلى حكم التداعي، وإن قالت كلّ واحدة منهما لا أدري من هي المطلّقة منّا؟ قيل لهما: إن سلّمتْه إحداكما إلى صاحبتها وحللتها منه، فذلك حسن، وإن شئتما أن تقسماه فيما بينكما بنصفين، وتحلل كل واحدة منكما صاحبتها من النصف الذي أخذته، لاحتمال أن يكون لها، فذلك جـائز، وليس كـذلك هـذه المسألة، لأن الزّوج يقال له: أنت تشكّ في وجوب الميراث لك، فلا تأخذ ما تشكّ فيه إلا عن طيب نفس من الورثة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب باع شاة

وسئل عن الرجل يكون لابنه المال فيموت الأب، هل لإخوة الولد الذي له مال، أن يحاسبوه بما أنفق عليـه أبوه؟ قـال ابن القاسم: إن كان مال الابن ناضاً، فوجدوه مصْروراً كان لم ينفق منه شيء، لم يحاسبوه بما أنفق عليه أبوه، ولم يكن لهم ممّا أنفق عليه أبوه قبله، قليل ولا كثير. وإن كان ماله عَرْضاً كان لهم أن يحاسبوه بما أنفق عليه أبوه من يوم كان للابن مال.

قلت: أرأيت إن كان مال الابن عرضاً فأنفق عليه أبوه، فلمّا حضره الموت قال: لا تحاسبوه بما أنفقت عليه؟ قال: إذاً يجوز قوله

ولا يكون لإخوته أن يحاسبوه، إذا قال: لا تحاسبوا ابني.

قلت: فما ترى هذه وصيّة لوارث لا تجوز؟ قال: ليست هذه وصيّة، وجلّ النّاس ينفقون على أولادهم، وهذا شيء فعله في الصحة فليس بوصيّة.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة قد مضى القول فيها محصّلاً مستوفى في أوّل سماع ابن القاسم، فلا معنى لإعادته مرّة أخرى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن النصرانيّة تسلم، وزوجها نصراني، هل عليه نفقة وهو له عليها الرّجعة إن أسلم وهي في العدّة؟ قال ابن القاسم: ليس لها عليه نفقة، لأن الفسخ جاء من قبلها، ومنعته فرجها، وليس هو بمنزلة من طلّق، وله عليها الرّجعة، لأن أمرها فسخ بغير طلاق، فالفسخ لا يلزمه فيه نفقة، وتلك السنّة، إلا أن تكون حاملاً، فينفق عليها، لأن الولد يتبعه، لأنه ولده، وتلزمه نفقته، وكذلك هو في بطنها.

قال محمّد بن رشد: في سماع أصبغ بعد هذا: إن عليه النفقة من أجل أن له الرّجعة بالإسلام، ورواية عيسى أظهر عند أهل النظر، لأنه فسخ والفسوخ لا نفقة فيها، ولأن الفراق والمنع جاء من قبلها بإسلامها والنفقة لا تخلو من أن تكون واجبة بحق الاستمتاع أو بحق العصمة، فإن كانت واجبة بحق الاستمتاع، وجب أن تسقط إذ قد منعت الاستمتاع بإسلامها، وإن كانت واجبة بحق العصمة، وجب أن تسقط أيضاً، إذ قد انفسخ النكاح وارتفعت العصمة، وكونه أحقّ بها إن أسلم في عدّتها أمر متبع، لا يحمله القياس. ووجه رواية أصبغ، أنها لمّا كانت مأمورة بالإسلام، لم تكن متعدّية في الإسلام، ولا مانعة لفرجها، بل هو المانع منه نفسه، بترك فعل ما يلزمه فعله من الإسلام، والله الموفق.

ومن كتاب العتق

وسألته عن رجل ادّعى ميراث امرأة، فأنكر ذلك أبوها، وقال: قد كنت طلّقتها، وقال الزوج: إنما طلقتها واحدة أو اثنتين، وكانت هي في عدّة، وقال الأب: بل طلقتها ثلاثاً وأنا على ذلك شاهد، وأتى الزّوج بشاهد، قال: الميراث للزوج، ويحلف على ما ادّعى من الطلاق.

قلت لابن القاسم: فإن ماتت المرأة وادّعى الأب أن العدة قد انقضت ولا ميراث للزّوج، وقال الزوج: إنها هلكت في العدّة، قال: القول في ذلك قول الزوج، وأرى عليه اليمين أنها إنما ماتت في عدّتها.

قلت: أرأيت إن أبا اليمين في كلا الوجهين في العدّة والطلاق؟ قال: يحلف الأب ويكون القول قوله.

قال محمّد بن رشد: أما إذا اختلفا في عدد الطلاق، فقال الأب: ثلاثاً، وقال الزّوج: واحدة أو اثنتين، وأقام كل واحد منهما شاهداً على دعواه، فبين أن القول قول الزوج، لأنه لما كافأ دليل كل واحد منهما على دعواه دليل صاحبه، سقطا وبقيا على أصل الدعوى، فوجب أن يحلف الزوج، لأنه المدّعى عليه في إسقاط ما وجب له من الميراث بالعصمة المتيقّنة، وكذلك لو أقام كلّ واحد منهما شاهدين فتكافآ في العدالة، وإن كان الشاهد للأب دون الزّوج، لوجب أن يحلف مع شاهده، لأنه يستحق بشهادته مالاً، وأما إذا اختلفا في انقضاء العدة، فقال: إن القول قول الزّوج، ويحلف أنها إنما ماتت في العدّة، وهذا إذا اختلفا في وقت الطلاق فقال الزوج: طلقتها في وقت كذا وكذا، إلى ما لا يحاض في مثله ثلاث حيض، وقال الأب: طلقتها منذ كذا وكذا، لما يحاض في مثله ثلاث حيض، ولا اختلاف في هذا، لأن الميراث واجب للزوج بالعصمة المتيقنة، فعلى من ادّعى ما يسقطه إقامة البيّنة،

ولو كان الزّوج عبداً فأعتق بعد الطلاق وقبل موتها، فادّعى الزّوج أن ذلك كان قبل انقضاء العدّة، وقال الأب: بل كان ذلك بعد انقضاء العدّة، لجرى الأمر بذلك على الاختلاف في النصرانيّة تسلم تحت النصراني، ثمّ يسلم زوجها بعدها، فيريد رجعتها، فتزعم أنها قد حاضت ثلاث حيض بعد إسلامها كان منذ كذا وكذا، على ما سنذكره في نوازل أصبغ إن شاء الله، وأما إن اتفقا على وقت الطلاق، فإن كان قد مضى له من المدة ما تنقضي فيه العدّة في الأغلب، وذلك ثلاثة أشهر، حمل أمرها على أنّ العدّة قد انقضت، ولم يكن لها ميراث، إلا أن يأتي بما يدل على أن العدّة لم تنقض من قولها قبل أن تموت، إذ هي مصدقة في ذلك، فإن لم يأت بذلك، وادّعى على الأب أنه علم بذلك، لزمته اليمين، وإن كان لم يمض من المدة ما تنقضي فيه العدّة في الأغلب، حمل أمرها على أن العدة لم تنقض، وكان للزوج الميراث، إلا أن يأتي الأب ببيّنة على قولها: إن عدّتها قد انقضت، فإن لم يأت بذلك، وادّعى على الزوج أنه علم بذلك، لزمته اليمين، يبيّن هذا قوله في كتاب الاستبراء من المدوّنة: إن الجارية المبيعة إذا لم تواضع للاستبراء فماتت، إنها إن ماتت قبل أن يمضي من المدّة ما لا يكون فيه الاستبراء، فالمصيبة من البائع وإن ماتت بعد أن مضى من المدة ما يكون فيه الاستبراء، فالمصيبة من المبتاع، وذلك شهر على قولهم.

مسألة

وسألته عن امرأة قالت في مرضها: قد كنت تركت لزوجي كذا وكذا ممّا كان لي عليه من حقّ، ثم هلكت، فزعم أنها صادقته وإني قد كنت طلقتها في يمين قد كنت حنثت فيها قبل وضعها الصداق عني، أو بعد وضعها، أو قال: طلقتها في غير يمين، وقال الورثة: لم تطلق ولم تحنث، وإنما لك الوصيّة بالصداق، ليتم لك، إن لم تكن وارثاً، لأنه لا وصية لوارث، قال: لا يقبل قولها فيما زعمت أنها وضعت عنه الصداق، ولا يكون له ميراث بإقراره

بالطلاق، قال ابن القاسم: قال مالك: ولو ثبت له الطلاق وقالت عند الموت: قد كنت وضعت في صحتي لم يقبل قولها، **قلت** لابن القاسم: وهو غير وارث، قال: نعم، وإن لم يرث كذلك، قال لي مالك من قال عند الموت: قد كنت تصدّقت من مالي بكذا وكذا على فلان، وقد كنت أعتقت في الصحة عبدي فلان، لم يكن للعبد عتق، ولا للآخر صدقة، إلا أن يقول قد كنت فعلت ذلك في الصحة، فأنفذوه، فيكون في الثلث، قال: ولو صحت ولم تمت من مرضها ذلك لزمها قولها.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنه لا يقبل قولها فيما زعمت أنها وضعت عنه من الصداق، أمر متفق عليه إن لم يكن لها ولد يرفع التهمة عنها في إقرارها للزوج، وأما إن كان لها ولد يرفع التهمة عنها في إقرارها له، فقيل: إن ذلك جائز له كالأجنبي، وقيل: إن ذلك لا يجوز إذا لم يعرف الطلاق إلا بقوله، وفي قوله: إنه لا يكون له ميراث لإقراره على نفسه بالطلاق نظر، إذ الورثة يقولون: إنه لم يطلق، فكل واحد منهم يقر بالمال لصاحبه، ويدفعه عن نفسه له، فالواجب في ذلك أن يكون موقوفاً فيمن رجع منهم أولاً إلى تصديق صاحبه، وإكذاب نفسه، أخذه على الصحيح المشهور من الأقوال، القائم من **المدونة**، وهو أصل مختلف فيه، وأما إذا ثبت له الطلاق، فاختلف في ذلك على ثلاثة أقوال: **أحدها**: إن ذلك لا يجوز له من رأس المال ولا من الثلث، كان لها ولد أو لم يكن. **والثاني**: إنه إن كان لها ولد جاز ذلك له من رأس المال، وإن لم يكن لها ولد، لم يجز ذلك له من رأس المال ولا من الثلث. **والثالث**: إنه إن كان له ولد جاز له ذلك من رأس المال، وإن لم يكن له ولد، وكان يورث كلالة، جاز ذلك له من الثلث. والثلاثة الأقوال، قائمة من **المدونة**. فإذا قلنا: إن ذلك إنما يجوز لك من الثلث، ففي ذلك اختلاف، قيل: علمت بالطلاق أو لم تعلم، وقيل: بل إن علمت بالطلاق على ما في سماع سحنون من كتاب الوصايا في هذا المعنى من الاختلاف، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن امرأة توفيت وأوصت لزوجها وهو غائب بثلث مالها، وتركت ولداً منه أو من غيره، فقيل لها: إنه لا وصيّة لوارث، فقالت: إنه قد كان كتب إليّ بالطلاق، فسترت ذلك، وقدم الزّوج فصدقها، وقال الورثة: إنما بالزّوج الوصيّة، وقال بنوها من غيره: إنها أرادت أن تحرمنا فضل ما بين الثلث والربع، قال: لا يقبل قولها، ولا إقراره بالطلاق، لموضع التهمة في ذلك، وينظر إلى وصيتها في ذلك، فإن كانت أقل ميراثه منها، دفع إليه ذلك، ولم يكن له أكثر من تتمّة ميراثه منها، لما أقر به من فراقها، وإن كان الذي أوصت له كفاف ميراثه منها دفع له، لأنها لا تتهم فيه، ولا يتهم في ذلك، وإن كان أكثر من ميراثه، اتهم واتهمت، ولم يكن له إلا قدر ميراثه منها. قال ابن القاسم: وفرّق بين التي قالت: قد كنت وضعت عن زوجي الصداق، وبين التي قالت: اعطوا لزوجي كذا وكذا، إن الوصية إنما أرادت أن يكون ذلك في الثلث، والتي أقرت لم ترد ثلثاً فلذلك أخرج هذا من الثلث، ولم ينتفع الزّوج بإقرارها إلا ببيّنة تقوم له على الوضيعة. وقال لي ابن القاسم: وليس لأهل الوصايا في التي أقرّت أنها قد وضعت في صحة منها فيها وصيّة إن قصرت وصاياهم في ثلث ما بقي لا عتق ولا غيره.

قال محمّد بن رشد: هذه مسألة صحيحة بينة المعنى، وقد مضى قبل هذا الاختلاف في إقرار المرأة في مرضها الذي توفيت فيه أنها كانت وضعت عن زوجها الصداق في صحتها، فلا معنى لإعادة ذلك. وقوله: إن قصرت وصاياهم في ثلث ما بقي، معناه إن ضاقت وصاياهم عن ثلث ما بقي فلا يكون شيء من ذلك في ثلث ما أقرت به، لا عتق ولا غيره، وهو صحيح متكرّر في المدوّنة وغيرها، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن رجل قال في مرضه: إني قد كنت حلفت بعتق ما أملك، إن لم أطلق ثلاث نسوة قبل الممات، وقد طلّقت النسوة وبقيت واحدة، وأنا أخاف الحنث في رقيقي، ففلانة طالق، يعني زوجته التي تحته. هل يخرجه ذلك من يمينه؟ قال: أراه طلاقاً إن كان بتّ طلاقها. ومما يبيّن ذلك أن لو قال إن طلقت امرأتي فرقيقي أحرار، فطلقها في مرضه بتاً أو غير ذلك، فإني لا أراه سالماً من الحنث، ورقيقه أحرار في الثلث.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن كان بتّ طلاقها، قيل: معناه، إن كان أنفذه والأظهر له أراد به بتات الطلاق، ففرّق بين البر والحنث على أصولهم في أنه يحنث بما لا يبريه، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل طلق امرأته واحدة وهي مستحاضة كم عدّتها إن هو أراد رجعتها؟ قال: إن راجعها فيما بينه وبين سنَة، فله الرّجعة، وإن مضت السنة فلا رجعة له عليها.

قال محمّد بن رشد: أما إذا كانت المستحاضة لا تميز بين دم الحيض والاستحاضة، فلا اختلاف في أن عدّتها من الطلاق سنة كاملة، كما ذكر، واختلف إذا كانت تميز بين الدّمين، فقيل: إنها تعتد بالأقراءِ، وقيل: إن عدّتها سنة على كل حال، والقولان قائمان في المدوّنة. وقد مضى بيان هذا المعنى في رسم استأذن من سماع عيسى مستوفى، وبالله التوفيق.

من سماع يحيى بن يحيى من عبد الرحمان ابن القاسم من كتاب الكبش

قال يحيى: وسألت ابن القاسم عن النفقة التي إذا لم يجدها

فرّق الإمام بينه وبين امرأته ما هي؟ قال: القوت، وما يجزي من الثياب.

قلت: أرأيت إن كانت ذات شرف معروف ممن يعرف أن مثلها لا يخدم نفسها، ولا يلبس من الثياب إلا الحسنة، ولا يجزيها من العيش غليظه، وقد كان الرّجل موسراً موسعاً عليه، كان ينفق عليها نفقة مثله على مثلها، ثمّ أعدم، فصار لا يجد لها خادماً ولا كسوة إلا من أدناها وأقلها ثمناً ولا قوتاً إلا شعيراً أو قمحاً ليس فيه إلا قوتها، دون قوت خادمها، وأحبت هي أن تضع عنه ثمن الخادم وسألته نفقتها ونفقة الخادم، فلم يجد إلا قوت السيدة من غليظ العيش، مثل الشعير، أو السلت، أو القمح غير المادوم، ويجعل ما يُودم به زيتاً. أترى أن يفرق بينهما وهو يجد هذا، وقد كانت حالهما في اليسارة وفي الشرف ما وصفت لك؟ قال: إن كان هذا وما أشبهه، فلا أرى أن يفرق بينهما وأجزى(١٤) ما يجزي في مثل هذا من الكسوة الفسطاطي ونحوه. وأما القوت من الطعام فما يُرى أنه الشبع في بلدهما الذي هما به، ويجزيه أن يُخرج ذلك ممّا يقتات به أهل بلده، فإن من البلدان، من لا ينفق أهله شعيراً على حال فقيرهم ولا غنيّهم، ومنهم من ذلك عندهم يُستَخَفُّ ويستجاز، فإن كان ببلد لا يعرف أهله إنفاق الشعير على أهليهم، لم يكن له أن يخصها بما لا يتحمّله أهل بلدها، وإن كان ببلد يتجاوز به الشعير من اضطر إليه، لم يكن لها أن تأباه، إذا ألجيء إليه صاحبها وليس لها إلا ذلك.

قال محمّد بن رشد: قوله: فإن كان ببلد لا يعرف أهله إنفاق الشعير على أهليهم، لم يكن له أن يخصها بما لا يتحمله أهل بلدها، خلاف ظاهر ما

(١٤) في ق. ١ وأدنى.

في رسم الأقضية بعد هذا من سماع يحيى، ودليل ما في رسم الأقضية الثالث، من سماع أشهب من كتاب النكاح. وقد مضى هناك ذكر هذا، وتوجيه كل واحد من القولين، ولم يذكر المقدار الذي يفرض من ذلك. وفي **المبسوط** قال مالك: أدركت الناس وهم يفرضون مدّاً من حنطة، وليس عليه أن يطحنه لها، ولم أر أحداً يفرض لها طحناً، قيل لمالك: إن بالمغرب لا يكفيها مدّ، قال: بقدر ما يكفيها، قال أبو اسحاق: إنما فرض لها مدّاً لأن النبي عليه السلام قال للذي أفطر في شهر رمضان: «**خُذْ هَذَا وَتَصدَّقْ بِهِ**»(١٥)، نحو خمسة عشر صاعاً بين ستين مسكيناً، وإنما لم يرَ التوقيت مرّة، لقول النبي عليه السلام لهند: «**خُذِي مَا يَكْفِيكِ وَوَلَدَكِ بالمَعْرُوفِ**»(١٦)، والظاهر من مذهب مالك في **المدونة** قياساً على الظهار: أنه يفرض له مدّ بمد هشام، وكذلك حكى ابن حبيب في **الواضحة** عنه إلا أنه قال فيه: إنه مدّ وثلث، وقال: هو من رأيه أنه يفرض في الشهر قفيز بالكيل القرطبي، قال: هو أربعة وأربعون مدّاً. وقول مالك في **المبسوط**، وليس عليه أن يطحن المدّ لها، هو خلاف ما تقدم في رسم الجواب من سماع عيسى. وقد مضى هناك كثير من معاني هذه الرّواية، فلا معنى لإعادة ذلك.

ومن كتاب الصّبرة

وقال: في المطلقة المبتوتة وهي حامل، تطلب الكسوة: إنها إن طلبت في أوّل الحمل فلها الكسوة، وإن طلبت ولم يبق من أجل الحمل إلا الشهرين والثلاثة، أو نحو ذلك، قوم لها ما كان يصبر

---

(١٥) رواه مالك في الموطأ وأبو داوود في سننه. ونص رواية الموطا: عن أبي هريرة أنَّ رجلاً أفطر في رمضان فأمره رسول الله ﷺ أن يكفر بعِتْق رقَبةٍ أو صيام شهريْن متتابعيْن أوْ إطعام ستين مسكيناً، فقال: لا أَجِدُ، فأتي رسول الله ﷺ بِعَرَقِ تمر فقال: خُذْ هذا فتصدَّقْ به، فقال يا رسول الله: مَا أَجِدُ أَحْوَجَ مِني، فضحك رسول الله ﷺ حتَّى بدَتْ أنيْابُه، ثم قال: كُلْهُ.

(١٦) رواه البخاري ومسلم، وأبو داوود والنسائي وابن ماجه عن عائشة. وقد سبق قريباً الإشارة إلى ما يتعلق بهذا الحديث.

لتلك الأشهر من الكسوة لو كسيت في أوّل الحمل، ثمّ أعطيته دراهم، ولم تكس لأنها إن كسيت انقضى الحمل وانقطعت نفقتها وكسوتها، والثياب التي تكسى جديدة، فليس لها إلا قيمة ذلك.

قال محمّد بن رشد: وهذا إذا كانت الكسوة مما تبلى في مدّة الحمل، وأما إن كانت مما لا تبلى في مدّته، مثل الفرو والمحشو وشبه ذلك، فالوجه فيه أن ينظر إلى ما ينقصه اللباس في مدّة الحمل، فيعرف ما يقع من ذلك للأشهر الباقية، وهذا أيضاً في التّي تطلق بعد أن مضى أكثر الحمل، وأما التي تطلق في أوّل الحمل أو قبل أن يظهر حملها، فتستمر وتثبت، وتغفل عن طلب كسوتها حتّى لا يبقى من أجل الحمل إلا الشيء اليسير، فإنه يفرض لها من الكسوة ما كان يفرض لها منها في أوّل الحمل، إذ لها ما مضى ويستقبل، وهذا كله يبين ما تقدم في رسم مرض من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الصلاة

وسئل عن المعترض عن امرأته ترفع أمرها إلى السلطان وهو مريض، فقال: لا يضرب له أجل المعترض من امرأته حتّى يصح، قيل له: فإن كان صحيحاً حين رفعت أمرها إلى السلطان، فلمّا أجله السلطان مرض، قال: يمضي حكم السلطان فيه، ولا يزاد في الأجل بعد من أجل مرضه.

قال محمّد بن رشد: وهذا إذا كان قد صحّ أكثر السنة، أو كان مرضه مرضاً قد يقدر معه على معالجة الوطء وأما لو مرض بحدثان ما ضرب له الأجل مرضاً شديداً لا حَراك به، ولا قدرة له معه على الإلمام بأهله حتّى ينقضي الأجل، لانبغى أن يزاد في الأجل مقدار ما فرض، والله أعلم.

مسألة

قال: وسمعت مالكاً يقول: إذا أصاب الرّجل جنون. وقد

نكح امرأة وابْتَنَـا بِهَا، تلوّم له واستانوا به سنة، فإن ذهب عنه وإلا فرّق بينهما. قيل له: أرأيت إن أصابه قبل الابتناء، أو أصابه من ذلك ما لا يخاف منه على امرأته عداه ولا أذاه؟ قال: إن أصابه قبل الابتناء، ضرب له أجل سنة ثمّ تخيّر امرأته عند انقضاء الأجل، فإن رضيت بالإقامة معه فذلك، وإن طلّقت نفسها، لم يكن لها من الصداق شيء وجاز الفراق.

قلت: ممّا يعدّ ذلك الفراق؟ أطلقة بائنة؟ فقال: نعم.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن المجنون لا يفرّق بينه وبين امرأته قبل البنا إلا من بعد ضرب الأجل، كالمدخول بها، يحمل على التّفسير لما في سماع سحنون من كتاب النكاح، ولما في **المدوّنة** وإيجابه لها الخيار، وإن لم يخف عليها عداه ولا أذاه، هو مثل ما في رسم باع شاة من سماع عيسى من كتاب النكاح خلاف ما في سماع زونان منه لابن وهب وأشهب، وخلاف ما في **المدوّنة** لربيعة، وقوله: إنها لمّا طلقت نفسها قبل البناء، لم يكن لها من الصداق شيء، لأن الله إنما أوجب نصف الصداق على المطلق باختياره حيث يقول: ﴿ **وإنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ تَمَسُّوهُنَّ** ﴾(١٧) الآية، وهو لم يختر الطلاق، وما كان منه فيه سبب يتهم فيه على اختياره، كالذي يعسر بالصداق فيطلّق عليه قبل الدخول، فيتهم على أنه أخفى ماله لتطلق عليه، فلا يلزمه من الصداق شيء. وقد مضى هذا، والاختلاف فيه في سماع سحنون من كتاب النّكاح. وقوله: إن الفراق في ذلك يعدّ طلقة بائنة، هو المعلوم في المذهب، إن كل طلاق يحكم به الإمام فهو بائن، إلا طلاق المولي، والمطلّق عليه بعدم الإنفاق، وذهب أبو إسحاق التونسي إلى أن طلاق الإمام على المجنون والمجذوم والمبروص، إنما هي طلقة رجعيّة، وإن الموارثة بينهما قائمة ما دامت العدّة لم تنقض، ولو صحوا من أدوائهم، لكانت لهم الرّجعة. وقوله صحيح في المعنى، إلا أنه خلاف المعلوم الموجود في المذهب، وهو ينحو إلى

(١٧) البقرة: ٢٣٧.

رواية عيسى عن ابن القاسم في رسم إن خرجت في الأمة تعتق تحت العبد، فتختار نفسها، ثمّ يتوفى زوجها في عدّتها إنها ترجع إلى عدّة الوفاة. قال أبو إسحاق التونسي: وانظر إذا ضرب لها أجل سنة قبل الدّخول، هل لها نفقة إذا دعته إلى الدّخول، مع امتناعها من ذلك لجنونه، كما إذا عسر بالصداق، إنه يومر باجراء النفقة مع امتناعها منه لعدم قدرته على دفع صداقها، فأحال النظر ولم يبيّن في ذلك شيئاً، والظاهر أنه لا نفقة لها، لأنها منعته نفسها لسبب لا قدرة له على دفعه، فكان في ذلك معذوراً، بخلاف التي منعته نفسها حتّى يؤدي إليها صداقها، إذ لعل له مالاً يكتمه، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الأقضية

قال: وسألت ابن وهب عمّا يجب على الإمام أن يفرق به بين المرأة وزوجها إذا عجز عن النفقة عليها، غير أنه يجد أدْنى العيش وأغلظه، وأوضع الكسوة وأقبحها، أيجزيه ذلك، أم يكلف قدراً معلوماً من النفقة والكسوة؟ أيجب أن يفرّق بينهما لعجزه عنها؟ أم يلزم من النفقة على قدر حال المرأة، وحال الرّجل إذا كان واجداً موسراً؟ فقال: إذا عسر الرجل بعد يسر لم ينظر إلى ما كان عليه أولاً، وليس للإنفاق على المرأة قدر معلوم تحت التفرقة بينهما بالتقصير عنه ما وجد ما يرد به جوعها من الخبز، ويواري به جسدها عن العري. الكسوة ما سوى الشمال والعبا، إذا كان ما يكسوها شبيهاً بالفسطاطي ونحوه أجزاه ذلك، إذا كان لا يجد إلا هو، ولم يفرّق بينهما. قال:

وسألته يوم كتب إليه ابن بشير، فكان فيما سألـه عنه في كتابه أن قال: هل على الموسر الشريف إذا كانت له امرأة من ذوات الشرف والقدر، أن يخدمها الخادمين والثلاثة، وينفق عليها وعليهن؟ وهل يلزمه لها من نفقتها اللحم والعسل، والفاكهة والزعفـران،

والطيب والخضاب بالحنا وأشباه ذلك؟ وهل يفرض من الكسوة الخز والعصب والشطوي؟ فقال لي عبدالله بن وهب فيما يلزم الفقير من النفقة التّي إذا لم يجدها فرّق بينه وبين امرأته، مثل ما فسرت عنه في قوله أولاً؛ قال: ولا يجزيه أن(١٨) يرد به جوعها إذا لم يجد ما يكسوها، وكذلك أيضاً لا يجزيه أن يكسوها إذا لم يجد ما ينفق عليها إذا عجز عن أحد الأمرين فقد عجز عنهما جميعاً، ووجب بعجزه عن أحدهما الفرقة بينه وبين امرأته، ثمّ كلّما وسّع الله عليه، وسع الإمام على امرأته، على قدر مال الزوج بالمعروف في كسوتها ونفقتها. قال: وأما سنة نفقة الموسر الشريف على ذات الشرف والهيئة، فإنه يلزم أن ينفق عليها من الطعام والإدام والحطب، وصالح الثّياب، من أوسط ذلك ممّا لا يعرها إذا ألبسته ولا سَرف فيه على صاحبها فيجحف بماله، ولها من اللحم مصلحتها غبا في الجمعة، المرّة ونحوها، وليس لها عليه فاكهة ولا عسل، ولا ما أشبه ذلك من الأطعمة التي ينفقها الناس أهلهم ليست بقوت لهم، ولا بهم فقر إليها في معائشهم. قال: وأما الطيب والزعفران، وخضاب اليدين والرجلين بالحنا، فإنا نقول: إنما هذا وشبهه للرجال يصلحون به إلى نسائهم للذاتهم، فمن شحّ به فليس يلزمه حكم يقضي به عليه، غير أن عليه من الحنّا ما تمتشط به، فأما ما تسأل المرأة من كسوة العصب والشطوي والخز، فإنه لا يلزمه إلا العصب الغليظ، وما أشبه ذلك من الشطوي والخز قال يحيى: ومعنى قوله في الخز، والعصب، والشطوي، إن ذلك إنما يلزمه منه الذي وصف، إذا كان ببلد تكون تلك الأصناف لبسة أهل البلد، ويكون ذلك ممّا يكسوه مثله في قدر ماله، وسعة ما في يده.

(١٨) محو بالأصل.

قال محمّد بن رشد: ظاهر قوله في هذه الرّواية ما وجد ما يردّ به جوعها من الخبز، خلاف قوله في رسم الكبش قبل هذا. ومثل دليل الكبش، قول مالك في رسم الأقضية من سماع أشهب من كتاب النكاح وسائر ما فيها، نحو ما تقدّم في الرّسم الذي قبل هذا، وفي رسم الجواب من سماع عيسى. وقد مضى في الموضعين من التكلم على معاني ما تضمنته هذه الرّواية، ما يغني عن إعادته، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وسألت ابن وهب عن المرأة يتوفى عنها زوجها، ويدّعي غنماً وبقراً وإبلاً وثياباً وهي مما تكون للرّجال والنساء مثله، وهي معروفة بالغنى، ويقول ورثة الزّوج: المال لأبينا مات عنه، وأنت مدّعيّة فعليك البيّنة، فقال: أما ما كان من حلي أو متاع البيت من الأسِرَّة والقباب والفرش والأنماط والوسائد، والمحابس، والنمارق، والحجال، والبسُط، والتوابيت، والآنية، والطست، والتور، والإبريق، وما أشبه هذا فهو للنساء، لا يكلّفن عليه ببيّنة، قال: وأما ما كان من سلاح أو دابة أو عبد أو أمة أو قميص، أو ما يكون مثله من متاع النساء، فهو للرّجال، ولا يكلّف الورثة عليه البيّنة. قال ابن القاسم: في القصاع والبرم والقِدر، إنه من متاع النساء. قال: وقد قال مالك فيما يكون مثله للرجال والنساء، مثل النساج والردّا وما يرى أنه يكون مثله للرجال والنساء، إن الرجال أحق به مع أيمانهم قال: وقال غيره من أهل العلم: يقسم بينهما إذا لم يكن لأحدهما عليه بيّنة بعد أيمانهما. قال ابن وهب: والذي آخذ به وأستحسنه أن يقسم بينهما ما أشبه من ذلك، فيرى أنه يكون للرجال والنساء بعد أيمانهما على ما تداعيا فيه. قال: وأما ما ذكرت من الإبل والبقر والغنم، فإن ذلك للرجال، إلا ما قامت به البيّنة أنه

للمرأة، أو كان الرّجل معها معروفاً بالفقر، وهي معروفة بالغنى، ينسب مِلْكُ تلك البقر والغنم والإبل إليها، ويذكر ذلك لها، فإذا كان هكذا من حالها فاشياً ظاهراً يُعرف بالسماع. وقول عدول الجيران، فالمرأة أحقّ به، وإن لم تكن شهادة قاطعة.

قال محمّد بن رشد: اختلف أهل العلم في اختلاف الزوجين في متاع البيت في حال العصمة أو بعد الطلاق، أو ورثتهما بعد موتهما، فذهب مالك إلى أنه إن ما كان من متاع النساء، فهو للمرأة مع يمينها، وما كان منه من متاع الرّجال، فهو للرّجل مع يمينه، وما كان منه ممّا يكون للرّجال والنساء، فهو للرّجل مع يمينه، لأن البيت للرجل، فيده أقوى من يد المرأة. وروي عن سحنون أنه ما كان من متاع النّساء، فهو للمرأة بلا يمين. وحكاه الفضل أنه رأى لابن عبدوس معلّقاً بخط يده أن ابن القاسم يقول: ما كان من متاع النساء، فهو للمرأة دون يمين، وما كان من متاع الرّجال، فهو للرّجال دون يمين. وهذا الاختلاف في وجوب اليمين، إنما يصحّ في اختلاف ورثة الزّوجين، أو اختلاف ورثة أحدهما مع الآخر دون تحقيق الدّعوى، مثل أن يموت الرجل، فتقول المرأة لِمَا هو من متاع النساء، هو متاعي، ويقول ورثة الزوج: احلفي لنا أن المتاع متاعك، لأن مورثنا مات عنه وأنت مدّعية فيه، أو تموت المرأة فيقول الزّوج: لِمَا هو من متاع الرّجال هو متاعي، ويقول ورثة المرأة: احلف لنا على ذاك، لأن المرأة هلكت عنه وأنت مدّع فيه. فها هنا لا يرى سحنون اليمين، ولا ابن القاسم، فيما حكى عنه ابن عبدوس. وهو كلّه من قول ابن وهب في هذه الرّواية، ولا اختلاف في هذا على الاختلاف في لحوق يمين التهمة، وهي[١٩] قولان مشهوران. وأما إن تداعى الزوجان في متاع البيت، فادّعت المرأة شيئاً من متاع النّساء، وكذّبها الزّوج، أو ادّعى الرّجل شيئاً من متاع الرّجال، وكذّبته المرأة، فلا بدّ في ذلك من اليمين. وقد نصّ على وجوب اليمين في ذلك ابن حبيب ومثله في **المدوّنة** وغيرها فلا

(١٩) كذا.

اختلاف في ذلك. وقيل: إن القول قول المرأة فيما كان من متاع النّساء، والقول قول الزّوج فيما كان من متاع الرّجال، وما كان مما يكون للرجال والنّساء، قسم بينهما بعد أيمانهما. وهو قول ابن وهب هذا، وقول المغيرة، وروي مثله عن ابن القاسم، وقيل: إنه يقسم بينهما ما اختلفا فيه بعد أيمانهما، كان من متاع الرّجال، أو من متاع النّساء، أو ممّا يكون للرّجال والنّساء، لأن الرّجل قد يملك متاع المرأة، والمرأة قد تملك متاع الرّجل من جهة الميراث. قاله ابن وهب في **المبسوطة** وهو قول الشّافعي، وقيل: إن القول قول الرّجل في جميع ما اختلفا فيه. وإن كان من متاع النّساء، لأن البيت بيت الرّجل، والمرأة فيه عارية عنده. وهو قول محمّد بن مسلمة المخزومي في **المبسوطة**. وبه قال الحسن. فيتحصّل في متاع المرأة ثلاثة أقوال: **أحدها**: أنه للرّجل، **والثّاني**: أنه للمرأة، **والثالث**: أن يقسّم بينهما. وفي متاع الرّجال، أو فيما كان من متاع الرّجال والنساء قولان: **أحدهما**: أنه للرجل، **والثاني**: أنه يقسم بينهما وما وصف ابن القاسم أنه من متاع النّساء من غير ما هو من حلْي النساء، أو لباسهن، فإنما قاله فيما العرف فيه عنده أن النساء يتخذنه في بيوتهن، فإنما يرجع في ذلك أهل كل بلد إلى ما هو العرف عندهم. وقد قال في **المدونة**: إنهما إذا اختلفا في الدّار، فالقول فيه قول الزّوج، لأن عليه أن يسكن المرأة، والعرف عندنا في ذوات الأقدار أنّ المرأة تخرج الدّار، فلو اختلفا فيها عندنا، لوجب أن يكون القول قول المرأة، وكذلك حفظت عن شيخنا الفقيه ابن رزق.

مسألة

قال: وأخبرني ابن القاسم عن مالك، أنه قال في رجل طلق امرأته ثمّ وطئها في عدّتها، ولا ينوي ارتجاعاً مثل أن يقول المطلّق ما كنت أرى إلا أن وطأها حلالاً(٢٠) لي إلى انقضاء العدّة، أو نحو

(٢٠) كذا.

هذا ممّا يرى أن وطأه إيّاها بعد الطلاق لم يكن للارتجاع، إنه لا يكون الوطء ارتجاعاً، إلا أن ينوي بذلك ارتجاعاً. قال: وقال مالك: فإن مضت العدّة وهي بتلك الحال بانت منه، وإن علم بقبيح ما هو عليه قبل انقضاء العدّة، فأراد ارتجاعها، كان وجه ارتجاعها الإشهاد، ولم يحل له وطؤها حتّى تعتدّ ثلاثة قروء من يوم يرتجعها، وليس من يوم طلقها، لأن عليها العدّة من المسيس الفاسد.

قال محمّد بن رشد: قد مضت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم استأذن من سماع عيسى، فلا معنى لإعادته، وبالله التوفيق.

ومن كتاب أوّله أوّل عبد ابتاعه فهو حرّ

وسألته عن الرّجل يغيب عن أهله، والولد أصاغر في حجر أمهم تلزمه نفقتهم، فإذا قدم وادّعت المرأة وهي أمهم أنها أنفقت عليهم من مالها، أيلزمه ذلك أم يبرأ بمثل ما يبرأ به من نفقتها، إذا زعم أنه كان يبعث بها إليها، ولا يكون لها عليه شيء، إلا أن ترفع أمرها إلى السّلطان؟ قال: حالها فيما تدّعي من الإنفاق عليهم من مالها بمنزلة ما تدّعي أنها أنفقت على نفسها إذا لم ترفع ذلك إلى السّلطان، حتّى يقدم، لم تصدّق عليه، وإن رفعت ذلك إلى السّلطان فرض لها ولهم، وحسَبَه لها عليه من يوم يفرضه، وكان لها ديناً تتبع به.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن الرّجل يبرأ من نفقة ولده في حجر أمهم، بما يبرأ به من نفقة زوجته صحيح، لأنه مؤتمن على ذلك، كما هو مؤتمن في النفقة على زوجته، فليس عليه أن يشهد على شيء من ذلك، والقول فيه قوله، والأصل أنه مؤتمن في النفقة على من في حجره ممن يلزمه الإنفاق عليه مصدّق. وقوله فيه دون إشهاد، هو أن الله أمره بذلك، كما أمره

بأداء الأمانة، ولم يوجب عليه في شيء من ذلك إشهاد. فقال عزّ وجلّ: ﴿وَلاَ تُؤتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُم الَّتِي جَعَلَ اللهُ لَكُمْ قِيَاماً وارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُم﴾[٢١]، كما قال: ﴿فَإِنْ آمِنَ بَعْضُكُمْ بَعْضاً فَلْيُؤَدِّ الَّذِي اؤْتُمِنَ أَمَانَتَهُ﴾[٢٢]، فوجب أن يصدّق في هذا، كما يصدّق في هذا وكما تصدّق المرأة فيما ائتمنها الله عليه من الحيض والحمل بقوله: ﴿وَلاَ يَحِلّ لَهُنَّ أنْ يَكْتُمْنَ مَا خَلَقَ اللهُ فِي أَرْحَامِهِنّ﴾[٢٣]، وأمّا قوله: فإن رفعت ذلكِ إلى السلطان فرض لها ولهم، إلى آخر قوله. فمعناه إذا عرف ملاؤه في غيبته، وذلك أنه لا يخلو في مغيبه من ثلاثة أحوال: **أحدها**: أن يكون معروف الملاء، **والثاني**: أن يكون معروف العُدم، **والثالث**: أن تكون حاله مجهولة، فأما إذا كان معروف الملاء، فإن النفقة تفرض لها عليه على ما يعرف من ملائه، فتتبعه بذلك ديناً ثابتاً في ذمّته هذا معنى قول ابن القاسم هنا، ونص قول ابن وهب في **الواضحة**. وظاهر قوله فيها إنه لا خيار للمرأة في فراقه، كما يكون ذلك لها في المجهول الحال. ومعنى ذلك، إذا كان لها مال تنفق منه على نفسها، وما لم تطل إقامته عنها أيضاً على ما مضى في رسم الشريكين من سماع ابن القاسم. وفي رسم شهد من سماع عيسى. وأما إن كان معروف العُدم فلا يفرض لها السلطان عليه نفقة، إذ لا تجب على العديم نفقة لامرأته، ويفرّق السلطان بينهما بعد التلوّم، وإن أحبّت الصبر عليه، كتبت لها كتاباً بذلك اليوم من ذلك الشهر، أنها قامت عنده عليه طالبة لنفقتها، فإن قدم، وعلم أنه له مال، كان القول قولها: إنها أنفقت على نفسها من ذلك اليوم، إن ادّعى أنه خلف عندها، أو بعث إليها، وأما إذا كان مجهول الحال، لا يعرف ملاؤه في غيبته من عدمه، فقال في **المدوّنة**: إن السلطان لا يفرض لها نفقة على زوجها في مغيبه حتّى يقدم، فإن كان موسراً فرض عليه نفقة مثله لمثلها، وقال ابن حبيب في **الواضحة**: إنها إن أحبّت الصبر عليه أشهد لها السلطان أن كان فلان زوج

(٢١) النساء. ٥.

(٢٢) البقرة ٢٨٣.

(٢٣) البقرة ٢٢٨.

فلانة اليوم مليّاً في غيبته، فقد أوْجبنا عليه لامرأته فريضة مثلها من مثله. وسيأتي في سماع أصبغ القول في فرض نفقة الأبوين، والله المعين بفضله.

من سماع سحنون وسؤاله ابن القاسم

قال سحنون: قال ابن القاسم في المرأة يطلّقها زوجها ألبتة فيكون لها السّكنى في دار زوجها، فيموت، فيقسم ورثته ماله، فلا يصير لها من جميع ماله ما يسعها من السكنى: إن عليهم أن يتوسعوا لها حتّى يكون لها مسكناً في طول عدّتها.

قال محمّد بن رشد: إذا كانت الدّار للميّت، فللمرأة السكنى فيها حتّى تنقضي عدّتها مات بعد أن طلقها أو لم يمت، وإنما يفترق ذلك إذا لم يكن للزوج مسكن على ما يأتي القول فيه في سماع أبي زيد إن شاء الله، فإذا مات الزوج، والدّار له، فللمرأة السّكنى فيها حتّى تنقضي عدّتها، وهي أحقُّ بذلك من الورثة ومن الغرماء، إن كان عليه دين، فإن كانت الدّار ذات بيوت تنقسم، فللورثة أن يقسموها، فإن صار للمرأة في حظها من مساكنها ما يسعها للسكنى، فليس لها إلا ذلك، وإن لم يصر لها في حظها من مساكنها ما يحملها السكنى. فعليهم أن يتوسعوا لها فيها بما يقوم بها كما قال. وهذا على القول بأن للمرأة أن تعتد فيما شاءت من مساكن الدّار التي كانت تسكن فيها مع زوجها، وأن تصيف في قاعة الدّار، وإن لم تكن تصيف فيها مع زوجها، وهو مذهب ابن القاسم، وروايته عن مالك في **المدوّنة**، وأما على ما لمالك في كتاب **ابن المواز** من أنها لا تصيف إلا في الموضع الذي كانت تصيّف فيه مع زوجها، وهو مذهب ابن القاسم وروايته عن مالك في **المدوّنة** وأما على ما لمالك في كتاب **ابن المواز** من أنها لا تصيف إلا في الموضع الذي كان تصيّف فيه مع زوجها في حياته، فيلزمها أن تعتد في المسكن الذي كانت تسكن مع زوجها، وليس لها أن تنتقل منه إلى غيره إذ لم يبح لها أن تصيّف في قاعة الدّار، إلا أن كانت تصيّف فيها مع زوجها قبل موته، ويأتي على قوله إن

المرأة تسكن في ذلك المسكن بعينه على كل حال، اقتسم الورثة الدّار أو لم يقتسموها، وبالله التوفيق.

مسألة

قال: وليس للرجل أن يُسكن أولاده من امرأته مع امرأة له أخرى في بيت واحد، ولا يجمعهم في مسكن واحد، إلا أن ترضى بذلك.

قال محمّد بن رشد: وكذلك ليس له أن يُسكن معها أبويه، قال ذلك مالك في رسم يتخذ المُحرِم خرقة لفرجه، من سماع ابن القاسم من كتاب النكاح، وذلك لما عليها في ذلك من الضرر، لاطلاعهم على أمرها، وما تريد أن تستتر به عنهم من شأنها. وقد مضى من القول على ذلك هنالك ما فيه كفاية، ومضى في رسم الطلاق الأوّل من سماع أشهب من كتاب النكاح، القول فيما للمرأة من تسكين الصغار من غير زوجها مع زوجها، فمن أحبّ الوقوف على الشفا من ذلك تأمله هنالك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن امرأة المفقود التي لم يدخل بها، ما لها من الصداق إذا جاء زوجها وقد تزوّجت؟ وهل تكون تلك الفُرقة طلاقاً؟ وهل عليها في العدّة إحداد؟ وهل هي من أهل العدّة التي إذا تزوجت فيها فُرِّقَ بينهما ثم لا يجتمعان أبداً؟ فقال ابن القاسم: إن كان لم يدخل بها زوجها الآخر، رُدّت إلى زوجها الأوّل، وإن كان قد دخل بها زوجها الآخر، ردّت إلى زوجها الأوّل نصف الصّداق، فإن كان قد دخل بها زوجها الآخر، ثمّ جاءت بينهما فُرقة من موت أو طلاق، ثم تزوّجها الأول، كانت عنده على تطليقتين، وكانت فُرقتهُ تطليقة. قال ابن القاسم: وعليها الإحداد في العدّة بعد الأربع سنين في الأربعة أشهر وعشر، وإن دخل بها فيها فرّق

بينهما، ولم ينكحها أبداً وكان كمن تزوّج في العدّة.

قال محمّد بن رشد: قد مضى في رسم أسلم من سماع عيسى، القول في حكم صداق التي تفقد زوجها قبل الدّخول، ومضى في رسم شك في طوافه من سماع ابن القاسم، الاختلاف في وجوب الإحداد عليها في العدّة، ومضى في رسم أسلم من سماع عيسى من كتاب النكاح، القول فيمن تزوّج في هذه العدة، مستوفى، فأغنى ذلك عن إعادة شيء من ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألت ابن القاسم عن المرأة تدّعي على زوجها أنه طلقها، وليست لها بيّنة، ثمّ يموت زوجها، فتطلب ميراثها منه، فيقول لها الورثة: ليس لك ميراثاً، أليس قد زعمت أنه قد طلّقك؟ فتقول: إنّما ادّعيت ذلك، لأني كنت أبغض المقام معه، ولم يطلّقني، فقال: أرى لها الميراث، قال محمّد(٢٤) بن خالد عن ابن نافع مثله.

قال محمّد بن رشد: وكذلك لو ادّعت أنه طلقها ثلاثاً، ثمّ صالحته، فأرادت أن تتزوجه قبل زوج، وزعمت أنها إنما ادعت ذلك، لأنها كانت تبغض المقام معه، لكان ذلك لها على قياس هذه الرّواية، وهو قول ابن المواز، وعلى قوله يحمل ما في رسم جاع من سماع عيسى من كتاب النكاح، وما يأتي في سماع أصبغ بعد هذا من هذا الكتاب. وقد قال بعض رواة أهل المدينة، إنها لا تصدّق في الميراث، ولا في الرّجوع إلى زوجها، وفرّق سحنون بين المسألتين فقال: يكون لها الميراث، ولا تمكن من الرّجوع إلى زوجها إلا بعد زوج، وأما إذا زعمت بعد أن صالحته أنه طلقها(٢٥) ثمّ أرادت أن تتزوجه قبل زوج، فلا تمكن من ذلك، أو زعمت أنه طلقها بعد أن مات،

(٢٤) في ق. ١ وأخبرني محمد بن خالد.

(٢٥) في ق. ١ زيادة: ألبتة.

فلا يكون لها ميراث. وقد روى زياد بن جعفر عن مالك في المدنيّة أنها ترثه. وإن مات، وهي ثابتة على قولها. وهو بعيد، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في الرّجل يُفقد أو يغيب، فينفق رجل على أهله وولده، فيقدم أو يموت في غيبته، فيعلم أنه قد كان عديماً في غيبته، هل يتبعه بما أنفق على أهله وولده؟ فقال: لا يتبعه بما أنفق، **قلت**: فيرجع بما أنفق على المرأة عليها؟ قال: نعم ولا يتبع الولد بشيء.

قال محمّد بن رشد: قوله: إنه لا يتبعه إذا كان عديماً بما أنفق على أهله وولده صحيح. على معنى ما في المدونة وغيرها. لأنه إذا كان عديماً فلا نفقة لابنه عليه، وكذلك الزوجة، وإنما هي بالخيار بين أن تفارقه أو تبقى معه بغير نفقة. وقال: يرجع على المرأة بما أنفق عليها يتبعها به، وإن لم يكن لها مال. قال: لأنها كبيرة مالكة أمر نفسها فلا تذهب نفقته عليها باطلاً، لأن رضاها بإنفاقه عليها رضى منها، باتباعه ذمتها، بخلاف الولد الصغير، لأن الولد إذا لم يكن له مال، ولا لأبيه فهو كاليتيم الذي لا مال له، لا شيء لمن أنفق عليه، لأن نفقته عليه على وجه الحسبة، إذ ليس له أن يوجب في ذمته ديناً بغير رضاه ولا برضاه، إذ ليس ممن يجوز على نفسه رضاه، وإذا كان له أو لليتيم مال، فللمنفق عليهما أن يرجع بنفقته في أموالهما إذا كانت له بالنفقة بينة، وإن لم يشهد أنه إنما أنفق ليرجع بعد يمينه أنه إنما أنفق عليهما ليرجع في أموالهما لا على وجه الحسبة، وكذلك إذا لم يكن للابن مال، وأبوه موسر، لأن يسر الأب في هذا كمال الابن. وروى محمّد بن يحيى السبئي عن مالك: أنه ليس له أن يرجع في أموالهما إلا أن يكون قد أشهد أنه إنما ينفق ليرجع في ذلك. وهذا إذا أنفق على اليتيم، وهو يعلم أن له مالاً، أو على الابن وهو يعلم أن له مالاً، أو إن أباه موسر. وأما إذا أنفق عليهما وهو يظنّ أنه لا مال لليتيم، ولا للابن، ولا لأبيه، علم أن لهما مال[٢٦] أو أن أب الابن موسر،

(٢٦) كذا.

فليس له أن يرجع، وقيل: له أن يرجع. والقولان قائمان في المدونة، وبالله التوفيق.

من نوازل سحنون

قال سحنون: إذا طلّق المريض امرأته النصرانية أو الأمة في حال الحجر ألبتة، ثمّ أسلمت أو أعتقت الأمة في العدّة، ثمّ مات، فلا ميراث لهما، لأنه لا يتهم فيهما، لأنهما ليستا ممن كان الحجر لهما، وإن كان طلاقه لهما واحدة فأسلمت أو أعتقت في العدّة، فله الرّجعة، لأن الرّجعة ليست بنكاح الملك، ألا ترى أن المحرم يرتجع ولا يتزوّج؟ وإن أسلمت أو أعتقت في العدّة ثمّ مات في العدّة ولم يرتجع، فلها الميراث، وإن مات بعد انقضاء العدّة ولم يرتجع، فلا ميراث لها. فخذ هذا على هذا الأصل، لأنه أصل قولنا، والذي لم يزل عليه أهل المدينة. وروى أصبغ عن ابن القاسم أن لها الميراث. قال أصبغ: لأنه يتهم أن يكون فرّ بميراثه حتى خشي أن يسلم أو يعتق، فترثه، فلما علم بذلك طلّقها ولو أن مريضاً تزوّج أمة أو نصرانيّة، لم يجز ذلك وفُسخ، لأنه يخاف أن تسلم النصرانيّة وتعتق الأمة، وقاله أصبغ.

قال محمّد بن رشد: الظاهر من قوله: ولو أن مريضاً تزوّج أمة أو نصرانية، إلى آخر قوله، إنه من قول ابن القاسم، ولا إشكال أن ذلك لا يجوز على مذهب ابن القاسم، لأنه إذا كان متهماً عنده في طلاقهما، فهو لا شكّ متهم في نكاحهما، وإنما الكلام هل يجوز له نكاحهما على مذهب سحنون الذي لا يتهمه في طلاقهما؟ والصحيح أن ذلك لا يجوز عنده ولا عند غيره لأنه وإن لم يتهمه في نكاحهما، كما لم يتهمه في طلاقهما، فهو يفسخ من جهة فساد الصداق، للغرر الذي فيه بكونه من الثلث، وإذ لا يدري هل يثبت لها ما سمى أو صداق المثل؟ ومن جهة فساد العقد أيضاً، إذ لا يمكن إيقاف

النكاح حتّى ينظر هل يصح أو لا يصح؟ ألا ترى أنهم لم يجيزوا للمريض أن يتزوج في مرضه امرأة قد كان طلّقها في ذلك المرض، وإن لم يتهم في توريثها من أجل أنها وارثة، لعلة فساد العقد من هذه الجهة؟ وقد وقع قوله ولو أن مريضاً تزوّج أمة أو نصرانيّة في بعض الكتب من قول سحنون، وذلك يُبيّنُ ما ذهبنا إليه أنه لا يخالف ابن القاسم، في أن النكاح لا يجوز، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن رجل قال لامرأته: أنت طالق كما قال الله في كتابه، قال: يلزمه طلاق السّنة.

قال محمّد بن رشد: وهذا بيّن على ما قال، لأن طلاق السّنة هو الذي أمر الله تعالى به، وأرشد له حيث يقول: ﴿يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ﴾[٢٧]، إلى قوله: ﴿لَعَلَّ اللهَ يُحْدِثُ بَعْدَ ذَلِكَ أَمْراً﴾ وهو الرّجعة وطلاق السّنة أن يطلق الرّجل امرأته طلقة واحدة في طهر لم يمسّها فيه، وبالله التوفيق.

من سماع عبد المالك بن الحسن
من أشهب وابن وهب

قال عبد المالك: وسئل أشهب وأنا أسمع عن الحكمين هل يجوز ما فرّقا فيه واحدة أو ثلاثاً؟ قال: إن فرّقا واحدة فهي واحدة، وإن فرّقا ثلاثاً فهي ثلاث.

قال محمّد بن رشد: اختلف في الحَكَمْين إذا اختلفا في عدد الطلاق أو اتفق[٢٨] على ما فوق الواحدة على ثلاثة أقوال: أحدها: أنه يلزم من ذلك

(٢٧) الطلاق ١.
(٢٨) كذا.

واحدة في الوجهين جميعاً، وهو الذي في المدونة، **والثاني**: أنهما إن اتفقا لزم ما اتفقا عليه، وإن اختلفا لزم من ذلك ما اجتمعا عليه، وهو قول ابن القاسم، **والثالث**: أنهما إن اتفقا لزم ما اتفقا عليه، وإن اختلفا لم يلزم من ذلك شيء، وهو قول أصبغ، فيأتي في اتفاقهما على ما فوق الواحدة قولان: **أحدهما**: أن ذلك لازم، **والثاني**: أنه يلزم من ذلك واحدة، وفي اختلافهما إذا حكم أحدهما بواحدة، والثاني بما فوق الواحدة قولان أيضاً: **أحدهما**: أنه يلزم من ذلك واحدة، **والثاني**: أن ذلك ساقط لا يلزم منه شيء، وفي اختلافهما إذا حكم أحدهما باثنتين، والثاني بثلاثة ثلاثة أقوال: **أحدها**: أنه لا يلزم من ذلك شيء، **والثاني**: أنه يلزم منه واحدة، **والثالث**: أنه يلزم منه اثنتان فهذا تلخيص الاختلاف في هذا الباب.

مسألة

وسألت ابن وهب عن الذي يبيع امرأته، هل يكون ذلك طلاقها؟ فقال: لا يكون ذلك طلاقاً، ولكن إن طاوعته على البيع وأقرت أن مشتريها قد أصابها طائعة، رجمت، وإن زعمت أنه استكرهها برئت من الحدّ ولم يكن عليها شيء، وفي كتاب الاستبراء من كتاب أسد، قال ابن القاسم: أرى بيعه طلاقاً، قال سحنون عن ابن نافع: وتكون طلقة بائنة، قيل لسحنون: غاب عليها المشتري أو لم يغب قال: نعم.

قال محمّد بن رشد: هذا الذي ذكر أنه في كتاب الاستبراء من **الأسدية** لم يقع في **المدونة**، وقد مضى ما في هذ المسألة من الاختلاف في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، فأغنى ذلك عن إعادته هنا. وقوله: إنها ترجم إن وطئها مشتريها طائعة، خلاف قول ابن القاسم في رسم جاع من كتاب الحدود في القذف، وسيأتي الكلام على ذلك هنالك إن شاء الله، وبالله التوفيق.

مسألة

وسألته عن الرجل يقول: لا أجد ما أُنفق على امرأتي إلا الخبز وحده، أترى أن يفرّق بينهما إذا أرادت فراقه؟ قال: نعم إلا أن يكون مع الخبز الكسوة.

قال محمّد بن رشد: هذا مثل ما مضى في رسم الأقضية من سماع يحيى، وهو ممّا لا اختلاف فيه، أن على الرّجل نفقة زوجته وكسوتها، بنصّ قول الله عزّ وجلّ: ﴿وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ﴾(٢٩)، وأنه يجب أن يفرق بينهما لعجزه عنهما أو عن أحدهما، وأنه لا يفرّق بينهما إذا قدر من نفقتها على الخبز، ولو يوماً بيوم، غير مادُوم، ومن الكسوة ما يشبهها ولا يعرها إذا لبسته. واختلف إذا عجز عن القمح، ولم يقدر إلا على الشعير، وأهل البلد لا يأكلونه، على ما مضى القول فيه في رسم الكبش من سماع يحيى. واختلف أيضاً إذا عجز عمّا يشبهها من الكسوة، فقال في رسم الأقضية من سماع يحيى: إنه لا يفرّق بينهما ما وَجَد ما يواري به جسدها من العري، وقال أشهب في كتاب ابن المواز: وليس له أن يقصر بها عمّا يشبهها على ما مضى القول فيه في رسم الجواب من سماع عيسى، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الرّجل إذا قام بالنفقة ولم يقم بالكسوة، قال: يفرّق بينهما.

قلت له: فكم يُسْتَانَا في الكسوة، إذا قال: أرجو أن يأتي شيء؟ قال: شهرين، قال: وإذا قام بالنفقة لم يعجل عليه في الطلاق.

قلت له: كم يضرب له في الصداق إذا كان يُجري النفقة؟

(٢٩) البقرة: ٢٢٣.

قال: فقال مالك: سنتين أو ثلاثاً ورأي ابن وهب ثلاثاً.

قال محمّد بن رشد: قوله: إذا قام بالنفقة لم يعجل عليه في الطلاق، ويُستانَا به في الكسوة شهرين، يدل على أنه لا يستانا به في النفقة شهرين، وقد مضى في رسم الجواب من سماع عيسى الاختلاف في قدر ما يتلوّم له في النفقة إذا عجز عنها، فلا معنى لإعادة ذلك. وقوله: إنه يضرب لـه في الصداق إذا كان يُجري النفقة السنتين والثلاث، معناه إذا عجز عن الصداق، وأما إذا اتهم بأنه غيّب ماله، فلا يوسع له في الأجل. قال ذلك ابن حبيب، إلا أنه جعل حدّ ما يتلوّم له في الصداق إذا عجز عنه واجداً النفقة السّنتين قال: ولو عجز عن الصداق والنفقة جميعاً لم يوسّع عليه في أجل الصداق إلا الأشهر إلى السّنة. وهذا إذا طلبته المرأة بالصداق، وتركت أن تطلبه بأجل النفقة والتلوّم عليه فيها. قال ذلك محمّد بن المواز وهو صحيح، ولو كان له مال ظاهر لحكم عليه بدفع الصداق، وأمر بالبناء على امرأته، وهذا كله قبل الدخول، وأما بعد الدخول فلا يفرّق بينهما بعجزه عن الصداق، وهو دين لها تتبعه به متى أيسر قاله مالك في المدونة وغيرها.

ومن سماع أصبغ من ابن القاسم
من كتاب الحدود والبيوع

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن المرأة تدعي أن زوجها طلّقها ألبتة، وقد صالحته ثمّ أرادت مراجعته قبل زوج، قال: إن شهد عليها بذلك شاهدان، رأيت أن يمنع من مراجعتها ويجبر على ذلك.

قلت: فإن لم يكن إلا شاهد واحد فأنكرت شهادته أو أقرّت، وقالت: إنما كنت كاذبة. قال: إن أقرّت بأنها كانت قد قالت ذلك، رأيت أن يمنع أيضاً ولا تصدّق في قولها: إني كنت كاذبـة، فإن

أنكرت شهادته أصلاً وزعمت أنها لم تقل من ذلك شيء[٣٠] رأيت أن تستحلف مع شهادة الشاهد، فإن أبت أن تحلف، لـم أرَ أن تمنع من ذلك بحكم، ويخلى بينهـا وبين ذلك. وقاله أصبغ.

قال محمّد بن رشد: أما إذا ادَّعت بعد أن صالحها وبانت منه، أنه كان طلّقها ثلاثاً، فلا اختلاف أعلمه في أنها لا تمكن من الرّجوع إليه قبل زوج، وقد وقع في كتاب محمّد لابن القاسم في الأمة تحت العبد فتختار نفسها، ولا نيّة لها، ثمّ تقول بعد ذلك: أردت الثلاث، إنها لا تصدق إذا لم يتبيّن ذلك عند اختيارها، ويقال لها: إن كنت صادقة فلا تنكحيه إلا بعد زوج، وليتورّع هو عنها. والمعنى في ذلك عندي أنه رأى اختيارها نفسها بطلقة واحدة طلاقاً رجعيّاً يكون للزوج عليها الرّجعة، ما دامت في العدّة إن أعتق على ما مضى له في رسم إن خرجت من سماع عيسى، فلا يصدقها إن أعتق أنها أرادت الثلاث، لاتهامها أنها أرادت قطع الرجعة عليه، واستحب للزوج أن يتورّع عنها فلا يراجعها لاحتمـال أن تكون صادقة في قولها. وحملها ابن المواز على أنها معارضة لرواية أصبغ. واختار رواية أصبغ، وقال: إنها حجة عليها. وقوله: إنها تستحلف مع شهادة الشاهد، معناه لشهادة الشاهد، لأنها لا تحلف معه بما شهد به، وإنما تحلف على تكذيبه بما شهد به عليها أنها قالته. وفي قوله: إنها إن لم تحلف خلي بينها وبين ذلك نظر، إذ لا معنى ليمين لا يوجب النكول عنها حكماً، فكان القياس إذا أبت اليمين أن تمنع من ذلك. وقد قال في رسم جاع من كتاب النكاح من سماع عيسى: إنه لا يمين عليها بالشاهد الواحد. وقد مضى في سماع سحنون قبل هذا الاختلاف إذا أقرّت بذلك وهي في العصمة، وبالله التوفيق.

ومن كتاب الكراء والأقضية

قال أصبغ: سألت ابن القاسم عن الذي يغيب ويحتاج أبواه

(٣٠) كذا.

وامرأته وله مال حاضر، فيرفعاه إلى السلطان، قال: يباع ماله وينفق عليهما. **قلت**: فإن لم يكن له مال حاضر، أيؤامران أن يتداينا عليه، ويقضى لهما بذلك؟ فقال: أما الزّوجة فنعم، وأما الأبوان فلا لأنهما لو لم يرفعوا(٣١) ذلك حتّى يقدم فأقر لهم جميعاً بذلك، غرم للمرأة، ولم يكن عليه أن يغرم ذلك للأبوين، وإن أقرّ لهما، لأن المرأة نفقتها عليه موسرة كانت أو معسرة، والمرأة تحاص الغرماء إذا رفعت ذلك، وكان يوم أنفقت موسراً، والأبوان ليسا كذلك، قال أصبغ: فنفقة الأبوين لا تجب إلا بفريضة من السلطان حين يجدهما يستحقّانها، ويجد له مالاً بعد يعديهما فيه وإلا فلا.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن مال الغائب يباع في نفقة أبويه هو مثل ما في كتاب إرخاء الستور من **المدونة** وكان الشيوخ يفتون أن أُصول الغائب لا تباع في نفقة أبويه، بخلاف نفقة زوجته، ويتأولون أن المراد بمال الغائب الذي يباع في نفقة أبويه عروضه لا أصوله، والفرق عندهم في ذلك بين نفقة الزوجة ونفقة الأبوين أنّ نفقة الزوجة واجبة حتّى يعلم سقوطها، ونفقة الأبوين، ساقطة حتّى يعلم وجوبها بمعرفة حياته، وأنه لا دين عليه يغترق ماله، وقد كان القياس على هذا ألا يباع عليه أيضاًعروضه في مغيبه، لاحتمال أن يكون حين الحكم عليه بذلك ميتاً وأن يكون عليه دين يغترق عروضه، إلا أن ذلك في العروض استحسان. وبهذا المعنى فرّقوا أيضاً بين نفقة الزوجة والأبوين، في أن الأبوين لا يفرض لهما النفقة عليه في مغيبه وإن كان موسراً، إذا لم يكن له مال حاضر، ولا يومران أن يتداينا عليه، وإن فعلا لم يلزمه من ذلك شيء، بخلاف الزوجة في ذلك كله، ويلزم على الفرق الذي ذكرناه، لو كانت النفقة فرضت لهما عليه قبل مغيبه، فغاب وترك أُصوله أن تباع عليه في نفقتها. وقوله: إن المرأة تحاصُّ الغرماء بما أنفقت من يوم رفعت إذا كان يوم أنفقت موسراً، يدل على أنها لا تحاصُّ إلا في الدين المستحدث، مثل قول

(٣١) كذا.

سحنون في رسم باع غلاماً من سماع ابن القاسم. وقد مضى بيان ذلك هنالك. وقوله يعديها فيه، مثله في كتاب ابن المواز، وهو يدل على أنه محمول على العدم حتّى يثبت ملاؤه على ما ذهب إليه ابن الهندي خلاف ما ذهب إليه ابن العطار، وبالله التوفيق.

ومن كتاب النكاح

قال: وسئل ابن القاسم عمّن نزلت به يمين في امرأته، فأفتى بأن قد بانت منه، فقال لها: وقال للناس: قد بانت مني، ثمّ علم أنه لا شيء عليه، قال: لا ينفعه، وأراها قد بانت منه إذا قال ذلك.

قال محمّد بن رشد: هذا قول أشهب أيضاً، وقد حكى ابن حبيب أنه لا شيء عليه. وقال سحنون في كتاب ابنه: إن قال ذلك على وجه الخبر يخيّر مما قيل له فلا شيء عليه، وإن قال ذلك يريد الطلاق، طلّقت عليه. والذي أقول به في هذا: إنه إن كان الذي أفتى به خطأً مخالفاً للاجماع، لا وجه له في الاجتهاد، فلا شيء عليه، وإن كان قول قائل، أوله وجه في الاجتهاد أو مُفتِيهِ به من أهل الاجتهاد، فالطلاق له لازم، لأن إخباره بذلك التزام منه لفتوى المفتي، فينبغي أن يردّ الاختلاف المذكور في المسألة إلى هذا. وهذا كلّه إذا أتى مستفتياً، وأما إذ احضرته البينة بقوله لها وللناس: قد بانت مني، ثمّ ادعى أنه إنما قال ذلك، لأنه أفتي أنها قد بانت منه، وهي لم تبن منه ولم يعلم ذلك إلا بقوله، فلا يصدّق في ذلك، ويؤخذ بما ظهر من إقراره هو نفسه بالطلاق، ولو كان لمّا حضرته البينة بقوله: قد بانت مني، وادعى أنه إنما قال ذلك، لأنه أفتي به غلطاً، أقام البيّنة على أنه أفتي بذلك، لوجب أن يصدق في أنه قال ذلك كذلك مع يمينه على ذلك، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل عن الذي يقول لامرأته: اذهبي فتزوجي فلا حاجة لي

بك، قال: إن لم يكن أراد بذلك طلاقاً فلا شيء عليه، وقاله أصبغ، وقد قال مالك نحو ذلك.

قال محمّد بن رشد: وهذا إذا أتى مستفتياً غير مطلوب، وأما إذا خوصم في قوله وطلب به، فتلزمه اليمين ما أراد بذلك الطلاق، لأن الشبهة في قوله: إنه أراد بذلك الطلاق بيّنة، يبين هذا ما مضى في أوّل رسم من سماع ابن القاسم، وفي رسم حلف منه، ورسم سنّ.

مسألة

وسئل عن رجل قالت له امرأته: إن لم تتزوّج عليّ فصداقي عليك صدقة، فقبل ذلك منها ثمّ طلقها، هل ترجع في صداقها ذلك؟ قال: إذا طلّقها بحضرة ذلك وحدثانه رجعت عليه، وإن طلقها بعد ذلك بما يرى أنه لم يطلقها، لمكان ذلك وما أشبهه، لم ترجع عليه بشيء، وكذلك بلغني أن مالكاً قاله. وقاله أصبغ: وإن كان الطلاق الذي بحدثان ذلك بيمين نزلت لم يتعمد ولم يستأنف مثل يمين قد كان حلف بها قبل ذلك، فحنث فيها عند ذلك، فلا شيء عليه أيضاً. قال أصبغ: سئل ابن القاسم، عن رجل قال لامرأته: إن لم تتركي لي صداقك فأنت طالق فتركته ثمّ طلقها هل ترجع عليه؟ قال: لا ترجع عليه، وليس لها أن ترجع عليه بشيء طلّقها بحدثان ذلك أو بعد ذلك، وليست مثل الأولى، ولو شاءت هذه نظرت لنفسها وقاله أصبغ.

قال محمّد بن رشد: الفرق بين المسألتين، أنها في المسألة الأولى إنما تصدّقت عليه بالصداق، على أن يُمسكها ولا يتزوّج عليها، لأن هذا هو المعنى فيها اشترطت من ألا يتزوّج عليها، فإذا طلقها ولم يمسكها، وجب أن ترجع فيها تصدّقت به عليه إن لم يف لها بالمعنى الذي تصدقت عليه من أجله، وذلك بمنزلة أن يسألها أن تضع عنه صداقها، فتقول له: أخشى إن فعلت أن

تطلّقني، فيقول: لا أفعل، فتضع عنه، فيطلّقها بفور ذلك، على ما وقع في سماع سحنون، من كتاب جامع البيوع. وأما المسألة الثانيّة، فإنما هي يمين بالطلاق قد لزمته، لا بد أن يقع عليه إن لم تترك له الصداق، فتركها له الصداق، إنما هو فرارٌ من وقوع تلك اليمين التي حلف بها، فلا شيء لها في طلاقه إيّاها بعد ذلك، إلا أن تنظر لنفسها فتقول: لا أترك لك الصداق إلا على ألا تطلّقني بعد ذلك، وهذا بيّن، والله أعلم.

مسألة

قال: وسألت ابن القاسم عن النصراني تسلم امرأته، أعليه أن ينفق عليها ما دامت في العدّة؟ قال: نعم، هو أحبّ إليّ أن يكون عليه ذلك أن ينفق عليها من يوم تسلم، وقيل: إن يسلم هو لأنه أحق بها ما دامت في العدّة، بمنزلة الذي يطلّق واحدة، إن عليه أن ينفق عليها ما دامت في عدّتها. وهذا ليس يمنعه إلا الإسلام، وإسلامه رجعة، إن أسلم فهي امرأته، فلا رجعة يحدثها، يرثها وترثه، ويكون أولى بها، وإن تركها لا يطلّقها حتّى تخرج من العدّة، فهي امرأته، كما هي على حال ما كانت إذا كان قد أسلم في العدة، وقاله أصبغ كله وبلا مهر، وقد تنزل بالسلطان، فأرسل إليّ فقضيت به.

قال محمّد بن رشد: قد مضى في رسم باع شاة من سماع عيسى أنه لا نفقة لها، وتكلمت هنالك على توجيه كل واحد من القولين فلا معنى لإعادةِ ذلك ها هنا.

مسألة

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول فيمن شهد عليه شاهدان بالبتة فطلق عليه القاضي، والرّجل يعلم أنهما شهدا عليه

بزور أيتزوجها؟ قال: فيما أعلم، نعم، قال أصبغ: يريد إن خفي له النكاح بغير زوج، وأنا لا أرى ذلك، لأنه يلبس بذلك على غيره من الجهال، ولعله ممن يُقتدَى به، وينظر إليه، ويلبس أحكام الإسلام وحدوده، ويعرض نفسه للسلطان، والسلطان لا يعرف حقيقته، وإنما يأخذ بما ظهر، فلا أراه يسعه ذلك فيما بينه وبين الله، وإن خفي لهذا، ولقد أمر أهل العلم الذي يرى الهلال وحده في الفطر ألا يفطر، وأن يصوم وهو يعلم أنه يوم الفطر. وقد نهى الرسول عليه السلام عن صيامه لهذا وأشباهه وهو قول أهل العلم من السلف وغيرهم، فيه مجتمع عليه بذلك، فكذلك الأول وأشد وأحرى.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأنه لا شيء عليه في تزويجها قبل زوج إذا علم أن الشاهدين إنما شهدا عليه بزور، من وجه تعريض نفسه للتهمة وعقوبة السلطان، والإلباس على الناس، إذا كان ممن يقتدى به، لأن حكم الحاكم بالظاهر لا يحيل الأمر عمّا هو عليه في الباطن عند من علمه، والأصل في ذلك قول الله عزّ وجلّ: ﴿ **وَلاَ تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُم بِالبَاطِلِ وَتُدْلُوا بِهَا إِلَى الحُكَّامِ** ﴾[٣٢]، الآية، وهو قول النبي عليه السلام: «**إِنَّمَا أَنَا بَشَرٌ، وإِنَّكُمْ تَخْتَصِمُونَ إِلَيّ، وَلَعَلَّ بَعْضَكُمْ أَنْ يَكُونَ أَلحَنَ بِحُجَّتِهِ مِنْ بَعْضٍ**»[٣٣] الحديث. ويأتي على مذهب أهل العراق، الذين يرون حكم الحاكم بالطلاق طلاقاً في الظاهر والباطن، وأن الرّجل إذا علم أن الإمام طلّق على الرّجل زوجته بشهادة زور، يجوز له أن يتزوّجها، إنه لا يحل له أن يتزوّجها قبل زوج وإن خفي له ذلك، وأمِن من عقوبة السلطان. وأما قوله في الذي يرى هلال شوال وحده: إن أهل العلم أمروه ألا يفطر وأن يصوم لهذا المعنى، فهو مثل ما في **الموطأ**، **والمدونة**، وسماع أبي زيد من كتاب الصّيام.

(٣٢) البقرة: ١٨٨.

(٣٣) رواه الجماعة عن أم سلمة زوج النبي صلى الله عليه وسلم.

واستحب ابن حبيب أن ينوي الفطر. وقد نهى رسول الله ﷺ عن صيامه لهذا وأشباهه، ولا يظهره، والصواب أن هذا هو الواجب عليه أن يفعله، وإن كان مخالفاً لظاهر الرّوايات، لأن الصوم من أفعال القلوب، فلا يحل له أن ينوي الصوم وهو يعلم أن ذلك عليه حرام، وبالله التوفيق.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن الذي يطلّق امرأته وهي حائض ولا تعلم، ولا يرتجع حتّى تطهر من الحيضة، فيطلقها وهي حائض طاهر منها، ثمّ تعلم به، أيجبر على الرّجعة؟ قال: نعم، يجبر على الرجعة ما لم تنقض العدة من الطلاق الأوّل، ثلاث حيض، إلا أن يكون قد ارتجع بعد طلاقه إيّاها وهي حائض، ثمّ طلقها بعد ذلك وهي طاهر حين طهرت فيها أو من بعد ذلك، فهذا لا يجبر على الرّجعة ولا رجعة عليه، قيل لابن القاسم: أرأيت إذا قال: لا أرتجع، ما يصنع به السلطان؟ قال: يجبره. قلت لابن القاسم: وكيف ذلك الإجبار؟ أيقضي عليه بالرجعة ويشهد على القضية عليه بذلك، وتكون رجعة، وتكون امرأته بتلك الرّجعة أبداً حتّى إن خرجت من العدّة وماتا توارثا، إلا أن يحدث طلاقاً بعد ذلك؟ قال: نعم.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن المطلّق في الحيض يجبر على الرّجعة وإن طلّقها بعد أن طهرت من تلك الحيضة صحيح، بين في المعنى، لأن هذه الطلقة الثانيّة لا عدة لها ولا تهدم عدّة الطلاق الأوّل، فوجب أن يجبر على الرّجعة ما لم تنقض العدة على مذهب ابن القاسم، أو ما لم تطهر من الحيضة الثانيّة على مذهب أشهب، وقال: إنه إن أبا الرجعة يجبر عليها، والإجبار يكون بأن يقضي عليه بها، ويشهد على القضية، فظاهر هذا أنه لا يضرب ولا يسجن، خلاف ما حكى ابن المواز عن ابن القاسم وأشهب أنه يهدد، فإن أبا سجن، فإن أبى ضرب، ويكون ذلك كلّه في موضع واحد، لأنه مقيم على

معصيته، فإن أبى قضي عليه بالرّجعة، وألزم إياها. واختلف إذا قضي عليه بها، وألزم إياها كارهاً ولا نيّة له في ارتجاعها، هل يجوز له وطؤها أم لا؟ فقيل ذلك له جائز، لأنها ترجع إلى عصمته بالحكم، وإن كان لذلك كارهاً كالسّيد يجبر عبده على النكاح، فيجوز له الوطء، وقيل: لا يجوز له أن يستمتع بشيء منها، إلا أن ينوي مراجعتها، والأوّل أظهر. والله أعلم، وبه التوفيق.

مسألة

قلت له: أرأيت إذا ادّعت أنه طلقها وهي حائض، وينكر الزّوج ذلك، ويزعم أنه طلقها وهي طاهر؟ قال ابن القاسم: القول قول الزوج.

قال محمّد بن رشد: قد روي عن ابن القاسم: أن القول قول المرأة، ويجبر على الرّجعة، وهو قول سحنون. وجه هذا أن المرأة مصدّقة في الحيض ومؤتمنة عليه. ووجه القول الأول أنها مدّعية على الزّوج ما يوجب لها الرّجوع إلى عصمته من طلاقه إياها في حال لا يجوز له، وبالله التوفيق.

من نوازل سئل عنها أصبغ

قال أصبغ: سمعت ابن القاسم يقول في النصرانيّة تسلم تحت النصراني، ثمّ يسلم زوجها بعدها، فيريد رجعتها، فتزعم أنها حاضت ثلاث حيض بعد إسلامها، وأن إسلامها كان منذ أكثر من أربعين يوماً لما يحاض في مثل ذلك، ويزعم الزّوج أن إسلامها منذ عشرين ليلة، لما لا يحاض في مثله ثلاث حيض، إن الزوج مصدّق، والقول قوله، لأنها مدّعية عليه، لتمنعه الرّجعة، بمنزلة الذي يطلق امرأته واحدة، ثم يريد رجعتها، ويقول: إنما طلقتها

أمس وتقول هي بل طلّقتني منذ شهرين، وقد حضت ثلاث حيض، فالقول قول الزوج.

قال محمّد بن رشد: قول أصبغ هذا على خلاف أصله في نوازله من كتاب العيوب، في الرّجل يشتري العبد، فيحدث به بعد الشراء بمدة برص أو جذام، فيدّعي أن العهدة لم تنقض وأن ابتياعه إنما كان منذ ستة أشهر، ويقول البائع بل بعتكه منذ عام أو عامين، إن القول قول البائع، لأن المبتاع مدّع يريد رد العبد على ما روى عنه عبد الأعلى إن القول قول المبتاع، ويرد العبد، وهو مذهب سحنون. قال: القول قول البائع، خلاف ما أجمع عليه أصحابنا في التمييز بين المدّعي والمدّعى عليه، ومن لزمته العهدة، فادّعى أنها قد انقضت فهو المدّعي، وعليه إقامة البّينة، لأن دعوى انقضاء العدّة كدعوى انقضاء العهدة، يدخل فيها من الاختلاف ما يدخل في دعوى انقضاء العهدة، وبالله التوفيق.

مسألة

قال أصبغ في رجل قال لامرأته: أنت طالق ألبتة إن كنت حائض[٣٤] قالت: أنا حائض، قال: أرى أن يخلي سبيلها، وأن الطلاق قد وقع عليها، ولو قالت: لست بحائض، لم أر أن يصدّقها ولا يقبل منها، ولا ينتفع بذلك، وليخل سبيلها، لأن ذلك شكّ لا يدري ما هو عليه منها أصادقة هي أم كاذبة؟ فلا يقيم على الشك، إلا أن ينكشف له ذلك بأسباب يقبل عملها ويقع على يقينها به.

قال محمّد بن رشد: قوله: فلا يقيم على الشكّ، يريد ويفرّق بينهما بالحكم، هذا مذهب أصبغ فيما كان من هذا النوع مما يحلف الحالف فيه على غيره فيما قد مضى، فيكون الشكّ فيه قائماً، إذ لا يعلم حقيقته إلا من جهته،

---

(٣٤) كذا.

ولا يدري هل صدقه؟ مثل أن يقول امرأتي طالق إن كنت تبغضني أو إن لم تصدّقني فتقول: أنا أُحبّك، ويُخبره، ويزعم أنه قد صدّقه وما أشبه ذلك. وابن القاسم يرى في مثل هذا أنه يؤمر ولا يجبر. وقد مضى هذا المعنى في رسم القطعان من سماع عيسى.

مسألة

وسئل أصبغ عن رجل صالح امرأته على أن ترضع ولده سنة، فإن أبت أن ترضعه، فله عليها عشرة دنانير. قال أصبغ: أرى صلحهما على ما وقع وهي بالخيار، وليس هذا من عمل المسلمين، ولا بجميل، وله شرطه.

قال محمّد بن رشد: هذا من قول أصبغ على أصله، في أنّ الصلح بالحرام يمضي، ولا يفسخ، لأنه صلح بحرام، لأنها قد ملكت بُضْعَهَا على أنها بالخيار في شيئين، لا يجوز تحويل أحدهما في الآخر لأنه دين بدين، وذلك حرام. ألا ترى أنه لو استاجرها على رضاع ابنه سنة يعرض دفعه إليها، على أنها بالخيار بين أن ترضعه السنة أو تدفع إليه عشرة دنانير؟ لم يجز، وكان ذلك حراماً، لأنها إن أرضعته فقد فسخت العشرة التي ملكت فيها في الرّضاع: فكان ذلك ديناً بدين، والذي يأتي على قول الجمهور في هذه المسألة، أن يفسخ الصلح ويمضي الطلاق ولا يكون عليها شيء، أو يكون عليها خلع مثلها على ما مضى من تحصيل القول في ذلك في رسم حلف من سماع ابن القاسم، وبالله التوفيق.

من سماع أبي زيد بن أبي الغمر من عبد الرّحمان بن القاسم

قال أبو زيد: قال ابن القاسم: في رجل اعترض عن امرأته، فضرب له أجل سنة، فلمّا جاءت السنة قالت: لا تطلقوني وأنا أتركه إلى أجل آخر، قال: ذلك لها ثمّ تطلّق متى شاءت بغير أمر

السلطان، وكذلك الذي يحلف بالطلاق، ليقضيّن فلاناً حقّه، فرفعت أمرها، أنه يوقف عن امرأته، فإذا جاءت أربعة أشهر، قيل له: وإلا طلقها عليك، فتقول امرأته: لا تطلقوني وأنا أنظره شهرين أو ثلاثة، لعله يقضيه، قال: فذلك لها أن تطلق متى شاءت بغير أمر السلطان.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال: إن لها أن تطلق متى شاءت، ومعناه بعد الأجل الذي أنظرته إليه، لأن الطلاق على المعترض عن امرأته بعد السنة، وعلى المولى بعد الأربعة أشهر ليس بلازم، وإنما هو حقّ لها على الزّوج في ألا يزاد على أحد هذين الأجلين شيئاً، فإن رضيت هي بأن تزيده على أحدهما كان ذلك لها، ولا يبطل بذلك ما وجب لها من الحقّ في أن تطلّق نفسها عند الأجل. وقد قال أصبغ. . بعد أن تحلف ما كان تركها له عند الأجل الأول تركا للأبد، ولا رضى منها بالإقامة عليه على ذلك الارتجاع فيه، وتنظر، ولْتَرَى رأيها، وذلك بعيد، لأنها إذا قالت: أنا أنظره إلى أجل كذا وكذا، فقد بيّنت أنها على حقّها عند الأجل الذي أنظرته إليه، فلا وجه ليمينها، وإنما يختلف لو تركته بعد وجوب القضاء لها، بمضي الأجل شهراً أو شهرين، ثمّ أرادت أن تطلق عليه، وقالت: إنما أقمت متلوّمة عليه، فقال مالك في رواية ابن القاسم عنه: ذلك لها، واختلف قوله في يمينها على ذلك. وقال ابن وهب في سماع يحيى من كتاب التخيير والتمليك، وأشهب في سماع عبد المالك منه. . ليس ذلك لها، وقد سقط ما كان بيدها، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال مالك: في المعترض عنها زوجها فترفع ذلك إلى السّلطان، إنها إن رفعت ذلك وزوجها مريض، لم يضرب له أجل حتّى يصح، وإن ضرب له أجل وهو صحيح فمرض بعد ذلك، لم يزد شيئاً على السنة لما أصابه فيها من المرض.

قال محمّد بن رشد: قد تقدّمت هذه المسألة والقول فيها مستوفى في رسم الطلاق من سماع يحيى فلا معنى لإعادته.

مسألة

وسئل ابن القاسم عن الحَصور الذي لا يقدر على المسيس، إنما معه مثل التالولة، هل يضرب له أجل المعترض، وهو لا يطمع له بوطء، قال: يطلّق عليه مكانه وهو بمنزلة الخصي.

قال محمّد بن رشد: وهذا بين على ما قال، لأن الأجل إنما يضرب للمعترض، رجاء أن يتداوى فَيُطْلَقُ من اعتراضه، ويلم بأهله، فإذا لم يكن في ذلك رجاء، لم يكن لضرب الأجل معنى.

مسألة

قال ابن القاسم: في الذي لا يجد ما ينفق على امرأته، فيتلوّم له، ثمّ يجاب، فيطلّق عليه بعد التلوّم، فتقول امرأته: لا تطلقوني عسى الله أن يرزقه، فتمكث أياماً ثمّ تجيء، فتقول: طلّقوني عليه. قال: ليس ذلك لها، ولا يعجل عليه ويتلوّم له أيضاً ثانية.

قال محمّد بن رشد: قال في هذه المسألة: إن الطلاق لا يعجل عليه، ويتلوّم له أيضاً ثانيّة. وقال في أوّل السماع في امرأة المعترض والمُولى إذا أنظرتاه بعد الأجل الواجب في ذلك، إلى أجل آخر، إن لهما أن يطلقا عند الأجل الذي أنظرتاه إليه، ولا يستأنف لهما في ذلك ضرب أجل آخر، والفرق بين الموضعين، أن الأجل للمعترض والمُولى سُنَّةٌ متبعة، لا مدخل للاجتهاد فيها، فإذا حكم بها ووجب للمرأة القضاء بتمام الأجل، لم ينتقض الحكم الماضي بتأخير المرأة ما وجب لها من الحقّ إلى أجل آخر، والتلوّم للعاجز عن النفقة ليس فيه حد محدود، ولا سُنة متبعة، وإنما فيه الاجتهاد من العلماء، فإذا رضيت بالمُقام معه بعد أن تلوّم له، بطل ذلك التلوّم، ووجب ألا تطلّق عليه إذا قامت ثانية إلا بعد تلوّم آخر، وبالله التوفيق.

مَسْألة

وقال في رجل طلّق امرأته وهي حامل، ثمّ مات: إن لها السكنى لا نفقة لها، لأن السكنى أوكد من النفقة.

قال محمّد بن رشد: يريد أنه يطلّقها ثلاثاً أو طلقة بائنة، ولا مسكن له ثمّ مات وهي حامل، فرأى أن السكنى قد وجب لها في مال الزوج بالطلاق قبل الوفاة، ولا تسقط بموته، كما تسقط النفقة، وهو مذهب ابن القاسم في **المدونة**، قال ها هنا: لأن السكنى أو كد من النفقة، وإنما قال: إنه أوكد من النفقة، من أجل أن المتوفى عنها زوجها وهي حامل يكون لها السكنى إن كانت الدّار للميت، أو كان قد نفد كراؤها إن كانت بكرا، ولا نفقة لها، فليست بحجة بيّنة، إذ لم يتكلم على أن الدار للميت. والصواب أن السكنى تسقط كما تسقط النفقة، كما أنه إذا مات ولم يطلق، لا يجب لها في ماله سكنى ولا نفقة، وهي رواية ابن نافع عن مالك في **المدونة**، وإجماعهم على أن النفقة تسقط بالموت حجة على أن السكنى يسقط بالموت أيضاً، إذ لم يجب جميعه في ماله بالطلاق، وإنما يجب عليه شيئاً بعد شيء، فما لم يأت منه لم يجب عليه بعد، ولا تقرر في ذمته، بدليل أنه لو أعسر في حياته، لسقط عنه السكنى، فوجب أن يسقط عنه بموته، كما تسقط عنه النفقة بموته، وكذلك قال يحيى بن عمر: إن السكنى ينقطع بموته، كما تنقطع النفقة، ففي جعل ابن القاسم جميع الكراء متقرّراً في ذمته بالطلاق، وهو لم يأت بعد نظر، فرواية ابن نافع عن مالك، هي التي يوجبها النظر، ولو كان الطلاق رجعيّاً لم يختلف في أن السكنى تسقط، كما تسقط النفقة، لأن المرأة ترجع إلى عدّة الوفاة إذا مات زوجها وهي في العدّة من الطلاق الرجعي، والمعتدّة من الوفاة لا سكنى لها في مال الميّت، إذا لم تكن معه في مسكن يملكه، ولا إذا اكراه، وكذلك لو كان المسكن للميت فطلّقها ثلاثاً وهي حامل، ثمّ مات، لسَقط السكنى أيضاً على قياس رواية ابن نافع عن مالك في **المدوّنة**، ولا يسقط على مذهب ابن القاسم، ولو قال قائل: إنه لم يتكلّم في رواية أبي زيد إلا على أن المسكن

للميت بدليل قوله: لأن السكنى أوكد من النفقة، إذ لا يكون السكنى أوكد من النفقة إلا إذا كانت الدّار للميت، ويقام تعليله، إن المسكن إذا لم يكن للميّت يسقط السكنى عنه كما تسقط النفقة لكان تأويلاً ظاهراً، يؤيده أن ذلك منصوص لابن القاسم في المدنيّة قال فيها: إن كانت الدّار للميّت أو كانت بِكِرا فنفد الكراء لم يسقط حقّها في السكنى بموته، وإن لم تكن الدّار للميّت سقـط حقها في السكنى بموته، ولم يجب لها في ماله شيء، ويتحصل في المسألة على هذا ثلاثة أقوال: **أحدها**: إن السكنى يسقط كما تسقط النفقة، كانت الدار للميت أو لم تكن، وهو الصحيح في القياس الذي يأتي على قياس رواية ابن نافع عن مالك، **والثاني**: إنه لا يسقط، كانت الدار للميت أو لم تكن، وهو مذهب ابن القاسم في **المدونة**، لأنه إذا لم يسقط حقها إذا لم تكن الدار للميت، فأحرى ألا يسقط إذا كانت الدار للميت، **والثالث**: أنه يسقط إذا لم تكن الدّار للميت، ولا يسقط إذا كانت الدار له، وهو نصّ قول ابن القاسم في المدنيّة والذي يقوم من هذه الرواية على هذا التأويل.

مَسْـــألة

وسئل عن تفسير المفقود فقال: هو الذي يعمى أمده، وينقطع خبره، ولا يدرى البلد الذي هو به. قال مالك: ولو عرف البلد الذي نزع إليه وغاب خبره كان مفقوداً.

قال محمّد بن رشد: قد مضى هذا المعنى في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم، ومضى في أوّل سماع أشهب، وفي رسم أسلم من سماع عيسى وفي غيره من المواضع جمل كافية من أحكام المفقود، فلا معنى لإعادة ذلك، وبالله التوفيق.

مَسْـــألة

وقال في النصرانيّة يطلقها زوجها النصراني فتحيض حيضة

فيتزوّجها مسلم، قال: لا أفسخ نكاحه ذلك، دخل بها أو لم يدخل، لأن مالكاً قد كان يقول قديماً تجزيها حيضة.

قال محمّد بن رشد: قوله: لأن مالكاً قد كان يقول قديماً تجزيها حيضة، يدل على أن الذي رجع إليه أنه لا يجزيها، إذا أراد المسلم أن يتزوّجها إلا ثلاث حيض، وهو الذي في **المدونة**، فعلى قوله فيها يفسخ النكاح إن تزوّجها قبل ثلاث حيض، وهو قول ابن وهب في كتاب **ابن المواز** وهذا الاختلاف يدخل في المعنى في النصرانيّة يطلقها المسلم، لأن الأصل في اختلافهم في الكفار، هل هم مخاطبون بشرائع الإسلام أم لا؟ فعلى القول بأنهم مخاطبون بشرائع الإسلام، لا يجوز للمسلم أن يتزوّجها إذا طلقها زوجها، مسلماً كان أو نصرانياً إلا بعد ثلاث حيض، وتمنع من نكاح نصراني[٣٥] إذا طلّقها مسلم إلا بعد ثلاث حيض، وعلى القول بأنهم غير مخاطبين بشرائع الإسلام، يكتفى في ذلك كله بحيضة، على القول بأن الحيضة الواحدة هي للاستبراء، والإثنتان عبادة لغير علة، وكذلك المجوسيّة إذا أسلم زوجها فأبت الإسلام، يدخل فيها هذا الاختلاف، وهو موجود أيضاً. حكى ابن المواز عن ابن القاسم من رواية أبي زيد عنه أنها تَسْتَبْرِي نفسها بالحيضة. وقال أحمد بن ميسر: بثلاث حيض، لأنها عدّة من مسلم. ذكره ابن حارث. فيتحصل في الكتابية إذا مات عنها زوجها المسلم، وقد دخل بها ثلاثة أقوال: **أحدها**: أنها تعتد بأربعة أشهر وعشر، وهو أحد قولي مالك، على القول بأن الكفار مخاطبون بشرائع الإسلام، **والثاني**: أنها تعتد بثلاث حيض، وهو قول مالك الثاني، على القول بأن الكفار غير مخاطبين بشرائع الإسلام، وأن الثلاث حيض كلها استبراء، **والثالث**: أنها تعتد بحيضة واحدة، على القول بأن الكفار غير مخاطبين بشرائع الإسلام، وأن الحيضة الواحدة استبراء، والاثنتان تَعَبُّدٌ ولا يجب عليها في الوفاة قبل الدخول عدّة، على القول بأن الكفار غير مخاطبين بشرائع الإسلام. وقد حكى هذا القول عن مالك ابن الجَلَّاب.

---

(٣٥) في ق. ١ مسلم.

مَسْـــألة

وقال: في رجل اغتصب امرأة فحملت منه، قال: لا يطأها زوجها حتّى تضع، قيل له: فإن قال زوجها لا حاجة لي بامرأة اغتصبت، هي طالق ألبتّة، قال: لا بدّ من الثلاث حيض بعد الوضع. قال: ولو لم تحمل من المغتصب، ثمّ طلّقها زوجها حين اغتصبت، قال: فثلاث حيض تكفيها لهما جميعاً من طلاق الزوج، ومن استبراء الماء الفاسد الذي للغاصب.

قال محمّد بن رشد: قوله: إن الحامل من زنى لا يجوزُ لزوجها أن يطأها صحيح لا اختلاف فيه، لأن النهي الشديد قد جاء في ذلك عن النبي عليه السلام، روي عنه أنه قال: وقد رأى امرأة عند خباء أو فسطاط، يريد حاملاً، والله أعلم، «**لَعَلَّ صَاحِبَ هَذِهِ أَنْ يلمّ بِهَا، لَقَدْ هَمَمْتُ أَن أَلْعَنَهُ لَعْنَةً تَدْخُلُ مَعَهُ فِي قَبْرِهِ، كَيْفَ يُورثُهُ وَهُوَ لاَ يَحِلُّ لَهُ؟ وَكَيْفَ يَسْتَرِقُّهُ وَهُوَ لاَ يَحِلُّ لَهُ**»[٣٦]، وفي حديث آخر: «**وَيْحَهُ أيورثه وَهُوَ لَيْسَ مِنْهُ؟ أَوْ يَسْتَعْبِدُهُ، وَقَدْ عَذَاهُ فِي سَمْعِهِ وَبَصَرِهِ**»[٣٧]، فإذا وطىء الرّجل أمته وهي حامل من غيره أدب، إلا أن يعذر لجهالة، ولا اختلاف في هذا، وإنما اختلف هل له أن يباشرها أو يقبلها أم لا؟ على قولين. الصحيح منهما، أن ذلك لا يجوز له، وهو قول مالك، ومن أهل العلم من يوجب على الرّجل إذا وطىء أمته وهي حامل من غيره عتق ما في بطنها، من أجل أنه قد عذّاه في سمعه وبصره، كما جاء في الحديث، ويرى الحكم عليه بذلك، وهو قول الليث بن سعد، ومنهم من لا يرى الحكم عليه بذلك، ويستحب له أن يفعله، وهو دليل قول مالك في **الواضحة** ونصّ قول ابن حبيب فيها وقد قيل: إنه إنما يستحبّ له أن يعتقه لاحتمال أن يكون ما ظهر بها من حمل ليس بحمل، فلمّا وطئها حملت منه، فعلى هذا التأويل لا يستحبّ له عتقه إلا إذا ولدته لما يلحق به الأنساب

(٣٦) رواه مسلم وأبو داوود.

(٣٧) ؟

من يوم وطئها، ومن أهل العلم من يريد أنه يثبت نسب الحمل منه بوطئها وهي حامل، فيكون ابناً له وللذي كان الحمل منه، وهو شذوذ يرده قوله في الحديث: أيورِّثه وَلَيْسَ مِنْهُ ؟. وكذلك قوله: إن طلّقها وهي حامل، فلا بد من ثلاث حيض بعد الوضع صحيح أيضاً، لا اختلاف فيه، لأن الحمل يمنع من الحيض، كما يمنع منه الرّضاع، فوجب ألا يحل إلا بثلاث حيض بعد الوضع، كما لا تحل المطلقة وهي ترضع ولا تحيض إلا بثلاث حيض بعد الرّضاع، وكذلك لا اختلاف أعلمه في المذهب أنه إذا طلّقها بعد أن زنت قبل أن يستبريها، ولا حمل بها، يدخل الاستبراء في العدّة، وإذا كان مالك يقول في التي تتزوّج في عدّتها ويدخل بها الزّوج، إنه يجزي من الزوجين جميعاً ثلاث حيض من يوم دخل بها الزّوج الثاني، فهذا أحْرَى.

مسألة

وقال: في التّي تطلق وهي ترضع، قال: ثلاث حيض لا بدّ منهن، وإن أقامت سنين ترضع، لأن التّي ترضع لا تكاد تحيض.

قال محمّد بن رشد: هذا كما قال، وقد مضى القول على هذه المسألة، وما يتعلّق بها في رسم سلعة سمّاها من سماع ابن القاسم، وفي رسم الطّلاق من سماع أشهب، وفي رسم استأذن من سماع عيسى، وفي غيرها من المواضع فلا معنى لإعادته.

مسألة

وقال ابن القاسم: في رجل هلك وترك داراً وعليه دين، قال: تباع الدار ويشترط لامرأته سكناها حتّى تنقضي عدّتها، قيل له: أرأيت إذا بيعت على ذلك، فلما مضى أربعة أشهر وعشر، ارتابت، أترى لها السكنى حتّى تخرج من الرّيبة؟ قال: نعم، وإنما هي مصيبة نزلت به. قال سحنون: وإن مضت الرّيبة إلى خمس

سنين، لأن المبتاع قد علم أن أقصى العدّة خمس سنين، فكأنه يقدم على العلم منه.

قال محمّد بن رشد: قد روي عن سحنون، أنها إن ارتابت المرأة كان المشتري بالخيار، بين أن يفسخ البيع عن نفسه، أو يتماسك به على ألا يردّ عليه البائع شيئاً، ومثله في **الواضحة** وإياه اختار محمّد بن المواز قال: لأن البيع إنما يقع على استثناء العدّة المعروفة، ولو وقع البيع بشرط الاسترابة، كان فاسداً، واعترض ذلك أبو إسحاق التونسي، فقال: إذا كان البيع بشرط الاسترابة لا يجوز، إذ لا يدرى أيكون سنة أو خمس سنين؟ فأما إذا ملك الخيار في الأخذ أو الردّ، كان أخذه على أن يسكن المرأة إلى انقضاء ريبتها، كابتداء الشراء على ذلك، إلا أن يكون هذا القول على أحد التأويلين فيمن خيّر بين شيئين فاختار أحدهما لا يعدّ كأنه أخذ ما ترك، ففسخه في الذي أخذ، ولا أدري ما معنى قول أبي إسحاق إن ذلك إنما يتخرّج على أحد التأويلين في المسألة التي ذكر، إذ لا اختلاف أحفظه فيها، كما لا اختلاف في أنه لا يجوز أن يبيع الرّجل سلعة بعشرة نقداً أو خمسة عشر إلى أجل، على أن البيع لازم له بأخذ الثمنين، أيهما شاء، وإنما يتخرّج جواز ذلك على القول بأن من اشترى سلعاً فاستحقّ منها جلها على العدد، فله أن يتماسك بما بقي منها بما ينوبه من الثمن، وإن كان مجهولاً لا يعرف إلا بعد التقويم، ويحتمل أن يكون معنى قول محمّد بن المواز: إنه مخيّر بين أن يردّ البيع أو يتماسك به، على أنه بالخيار في الرّد له، ما لم تنقضي(٣٨) الرّيبة، لا على أنه يتماسك به، على أن البيع لازم له، طالت الرّيبة أم قصرت. وهذا أولى ما حمل عليه قوله: وقال محمّد بن عبد الحكم لا يجوز البيع على شرط سكنى المرأة عدّتها، ويفسخ لأنه غرر وخطر، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في الجاريّة تباع وهي ترضع بكم تستبرأ؟ قال: بثلاثة

(٣٨) كذا.

أشهر، قيل له: فإن طلقها زوجها، قال: بحيضتين قبل الرّضاع، قيل له: فإن توفّي عنها زوجها، قال: شهرين وخمس ليال، وإن لم تحض إلا أن تستريب، قال: وإذا بيعت الأمة وهي ترضع، فمنعها ذلك من الحيضة، فثلاثة أشهر.

قال محمّد بن رشد: الفرق بين أن تباع الأمة وهي ترضع، أو تطلّق وهي ترضع، أن الحيضتين للأمة في الطلاق عبادة، فلا تنتقل عنها إلاّ إلى الأشهر، إلا أن تكون من الآيسات، لقول الله عزّ وجلّ: ﴿ **واللاَّئِي يَئِسْنَ مِنَ المَحِيضِ مِنْ نِسَائِكُمْ إنِ ارْتَبْتُمْ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلاَثَةُ أشْهُر** ﴾[٣٩]، والمرضع ليست من الآيسات، ولا من المرتابات، إذا علم السبب الذي من أجله تأخر الحيض عنها، وأن الحيضة في الأمة المبيعة ليست بعبادة، وإنما هي استبراء، ليعلم بها براءة رحمها، وبراءة رحمها يعلم بالثلاثة أشهر، إذ قدْ علم أن الحيض لم يتأخر عنها لريبة، وإنما تأخر بسبب الرّضاع، وأما قوله في التي توفي عنها زوجها وهي ترضع، إنها تعتد بشهرين وخمس ليالٍ وإن لم تحض، إلا أن تستريب، فالريبة إنما تكون ها هنا بحسّ تجده في بطنها، فإن وجدت ذلك فلا تحل حتّى تذهب تلك الريبة عنها، وتبلغ إلى أقصى أمد الحمل، وأما إن لم تسترب، فتنقضي عدّتها التّي فرض الله عليها بالشهرين وخمس ليال، كما قال: فيسقط عنها الإحداد، ويسقط حقّها في السكنى، إلا أنها لا تتزوّج إن كانت مدخولاً بها حتّى يمرّ بها ثلاثة أشهر، فيعلم أنها لا حمل بها، لأن الحمل لا يتبيّن في أقل من ثلاثة أشهر، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل كانت له زوجتان: سلامة، وميمونة، فقال لسلامة: أنت طالق يوم أُطلّق ميمونة، ثمّ قال لميمونة: أنت طالق

(٣٩) الطلاق: ٤.

يوم أُطلق سلامة، فقال: أيتهما طلّق أوّلاً فإنه يقع عليها تطليقتان، وعلى صاحبتها تطليقة.

قال محمّد بن رشد: وهذا بيّن على ما قال، لأنه إذا قال لسلامة: أنت طالق يوم أطلّق ميمونة، فطلّق ميمونة، وكان بطلاقه إيّاها قد طلّق سلامة، ولما كان طلاق سلامة بطلاقه ميمونة، وقع الطلاق على ميمونة، لقوله لها: أنت طالق يوم اطلق سلامة، وكذلك إن بدأ بسلامة فطلّقها، كان بطلاقه إياها قد طلق ميمونة، ولمّا طلّق ميمونة بطلاقه سلامة، وقع الطلاق على سلامة لقوله لها: أنت طالق يوم أطلق ميمونة، فهذا ما لا إشكال فيه، والمسألة متكرّرة في رسم يوصي من سماع عيسى من كتاب الأيمان بالطلاق، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال في رجل قال لامرأته: أنت طالق إن استكملت في هذا البيت سنة أو سكنتِه سنة، فسكنته أحد عشر شهراً، ثمّ انتقلت منه، فأقامت أشهراً، ثمّ رجعت إليه فسكنه سنة، أو أكثر، قال: لا حنث عليه، إلا أن تكون أقامت سنة مستقبلة من يوم حلف.

قال محمّد بن رشد: المعنى في هذه المسألة أنه حَلف على امرأته بهذه اليمين، والمرأة ساكنة في البيت، فحمل يمينه على أنه أراد ألا يتمادى في سكناه سنة، فجعل السنة التي حلف عليها تتعيّن من يوم اليمين، لكونها ساكنة في البيت يوم اليمين، ولذلك قال: إنها إن سكنته أحد عشر شهراً ثمّ انتقلت عنه ثمّ عادت إليه فسكنته سنة، إنه لا حنث عليه. وعلى هذا التأويل، ساوى بين أن يقول إن استكملت أو إن سكنت، ولو لم تكن ساكنة في البيت يوم اليمين، فقال لها: أنت طالق إن سكنت بيت كذا سنة، أو إن استكملت السكنى في بيت كذا سنة، لوجب أن يحنث متى ما سكنت فيه سنة متصلة أو فترقة، لأنه نكّر السنة التي حلف عليها بقوله: سنة فلم يعينها، ولا عرّفها

بتسميته ولا بإشارة إليها. فكان كمن حلف لَيصُومنَّ سنة كاملة. أو أن لا يصوم سنة كاملة، فحنث، إنه يَبَرُّ إن حلف ليصومن سنة كاملة، بصيام سنة مفترقة، ولا يحنث إن حلف ألا يصوم سنة كاملة، إلا بتمام صيام سنة كاملة متصلة أو مفترقة، إلا أن ينوي صلاة متصلة على مذهبه في **المدونة** أن من نذر أن يصوم، أنه لا يلزمه صيامها متتابعة، إلا أن ينوي ذلك، خلاف ما ذهب إليه ابن حبيب في ذلك، وإنما تعيّن السنة بلفظ النكرة في الكراء خاصة، من أجل أن الكراء لا يجوز على سنة غير معيّنة، فإذا قال الرّجل للرجل: أُكريك الدّار سنة، تعيّنت السنة من يومئذ لهذه العلة، وبالله التوفيق.

مسألة

وقال: في رجل حلف بالطلاق، أنه لا يأتي أهله نهاراً، قال: لا شيء عليه، قيل له: فإن حلف ألا يبيت عند امرأته أبداً، وقال: أنا آتي بالنهار، قال: ذلك له، ولا أبلغ به إن أطلق، وقال: قبل ذلك يتلوّم له، فإن أبَا طلق عليه.

قلت: أرأيت إن كانت عنده امرأتان، فكان يبيت عند إحداهما ولا يبيت عند الأخرى قال: لا تطلق عليه.

قال محمّد بن رشد: وهذا كما قال، لأن الله عزّ وجلّ جعل الليل سكناً ليسكن الرّجل فيه إلى أهله، والنهار مبصراً ليبتغي فيه الرّجل من فضل ربه، فقال تعالى: ﴿ **قُلْ أَرَأَيْتُمْ إِنْ جَعَلَ اللهُ عَلَيْكُمُ النَّهَارَ سَرْمَداً إِلَى يَوْمِ الْقِيَامَةِ مَنْ إِلَـهٌ غَيْرُ اللهِ يَأْتِيكُم بِلَيْلٍ تَسْكُنُونَ فِيهِ، أَفَلاَ تُبْصِرُون** ﴾(٤٠)، وقال تعالى: ﴿ **وَمِن رَحْمَتِهِ جَعَلَ لَكُمُ اللَّيْلَ وَالنَّهَارَ لِتَسْكُنُوا فِيهِ وَلِتَبْتَغُوا مِنْ فَضْلِهِ وَلَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ** ﴾(٤١)، يريد تعالى لتسكنوا في الليل، ولتبتغوا من فضل الله بالنهار، فوجب ألا يكون على من حلف ألا يأتي أهله نهاراً شيء، لأنه حلف

(٤٠) القصص: ٧٢.
(٤١) القصص: ٧٣

أن يفرغ نهاره لما جعله الله له، وأن يكون الرّجل في حلفه ألا يبيت عند امرأته مضرّاً بها، لأنها لم تتزوّجه إلا لتسكن إليه ويسكن إليها في الحين الذي جعله الله وقْتاً للسكون، وهو الليل، فمرّة استحقّ ذلك ولم يره من الضرر الذي يجب به الطلاق عليه، ومرّة رآه من الضرر البين الذي يجب به أن يطلق عليه بعد التلوّم وهو الأظهر، لما قدمناه من دليل كتاب الله عزّ وجلّ. ولا إيلاء عليه بحال، لأن الإيلاء إنما هو على من حلف على ترك الوطء جملة، وهو إنما حلف على ترك الوطء بالليل دون النهار، وكذلك الذي يبيت عند إحدى امرأتيه، ولا يبيت عند الأخرى، لا تطلق عليه على القول الواحد، وتطلق عليه على القول الثاني بعد التلوم وهو الأظهر، لقول النبي عليه السلام لرافع: «يَا رَافِعُ اعْدِلْ بَيْنَهُمَا وَإلاَّ فَفَارِقْهُمَا».

مسألة

وقال: في رجل دعا امرأته إلى ما يدعو إليه الرّجال نساءهم، فلم تجبه إلى ذلك، فقال: إن قمتِ ولم تفعلي ما دعوتك إليه، فما أنت بامرأة، يريد بقوله ذلك الطلاق، فنقر رجل الباب، فقامت ولم يكن نوى طلقة ولا اثنتين ولا ثلاثاً، قال: هو عندي لي ثقيل، فرأيت في معنى قوله: إن الطلاق قد لزمه البتة.

قال محمّد بن رشد: قوله: يريد بذلك الطلاق، يدل على أنه لو لم يرد بذلك الطلاق، لم يكن عليه شيء، مثل ما في التخيير والتمليك من **المدونة** وقال: إنه إن أراد بذلك الطلاق فهو ثقيل، ولم يبين ما يلزمه، والذي ظهر إلى الراوي من معنى قوله: إنه البتات كذلك، روى أصبغ عنه نصاً أنه ثقيل، والاحتياط فيه البتة، وقال أصبغ: هو جميع الطلاق، ظاهر قوله في وجه الحكم، واللزوم ليس من باب الاحتياط كما قال ابن القاسم. وقال عيسى بن دينار: هي واحدة، وقول ابن القاسم: هو الصحيح، لاقتضاء اللفظ له، إذ لا تخرج على أن تكون له امرأة إلا الطلاق، البتات، لأن المطلقة واحدة أو اثنتين باقية في العصمة، ما لم تنقض العدّة ترثه ويرثها، وتجب عليه

نفقتها، ويملك رجعتها، وقد كان بعض الشيوخ يفتي من هذه المسألة في نازلة تنزل عندنا كثيراً، وهي الرّجل يحلف على امرأته، فيقول: بالله إن فعلت كذا وكذا إن كنت لي بامرأة، أو الطلاق علي ثلاثاً أو الأيمان لي لازمة، أو عليَّ المشي إلى مكة، إن فعلت كذا وكذا، إن كنت لي بامرأة إن الطلاق يلزمه بقوله: إن كنت لي بامرأة، ولا يراعى عقد يمينه ويقول: إنما معنى ذلك أنه حلف أنه قد طلقها، وذلك لا يصحّ، لأنها يمين منعقدة، يصحّ فيها البر والحنث، والمعنى فيها: والله أو الطلاق ثلاثاً عليّ إن فعلت كذا وكذا لاطلقنك طلاقاً لا تكون لي بامرأة فيبرّ في يمينه بأن يباريها بطلقة واحدة يملكها بها أمر نفسها حتّى لا تكون له بامرأة، وبالله التوفيق.

مسألة

قال أشهب وابن نافع: سألنا مالكاً عن الولد إذا أنفق على والده، أينفق على امرأته معه؟ قال: إن كان الولد موسراً أو كان ذلك يسيراً فما أشبه ذلك أن تكون عليه النفقة، وإن كان رجلاً ناكحاً بامرأة لها شأن، فما أرى ذلك عليه.

قال محمّد بن رشد: في المدوّنة: إنه يجبر على نفقة امرأة واحدة من زوجات أبيه، كانت أمه أو ربيبة، وقال المغيرة في غير المدونة، ومحمد بن عبد الحكم: لا يلزم الإنفاق على ربيبته، وإنما ينفق على أبيه وأمه، ورواية أشهب هذه قولة ثالثة بين القولين، فقف على ذلك، وبالله التوفيق لا شريك له.

تمّ الجزء الثاني من كتاب طلاق السنّة بحمد الله وحسن عونه
وصلى الله على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه وسلّم تسليماً
والله المعين بفضله. يتلوه كتاب الأيمان والطلاق.

انتهى الجزء الخامس من البيان والتحصيل للإمام ابن رشد
من عمل ثمانيّة عشر جزءاً
يتلوه أوّل السادس كتاب الأيمان بالطلاق

فهرس

موضوعات الجزء الخامس

دار الغرب الإسلامي
بيروت - لبنان
لصاحبها: الحبيب اللمسي
شارع الصوراتي (المعماري) - الحمراء - بناية الأسود
تلفون : 340131 - 340132 - ص . ب . 5787 - 113 بيروت - لبنان
DAR AL-GHARB AL-ISLAMI - B.P.:113-5787 - Beyrouth - Liban

رقم 84/24/3000/38 - 88/1/3000

التنضيد: أبجد غرافيكس

الطباعة: مؤسسة جواد للطباعة والتصوير

IBN RUSHD
(m. 520/1126)

AL-BAYĀN WAL-TAḤṢĪL
WAL-TAWJĪH WAL-TA'LĪF
FĪ MASĀ'IL AL-MUSTAKHRAJAH

VOL. 5

DAR AL-GHARB AL-ISLAMI